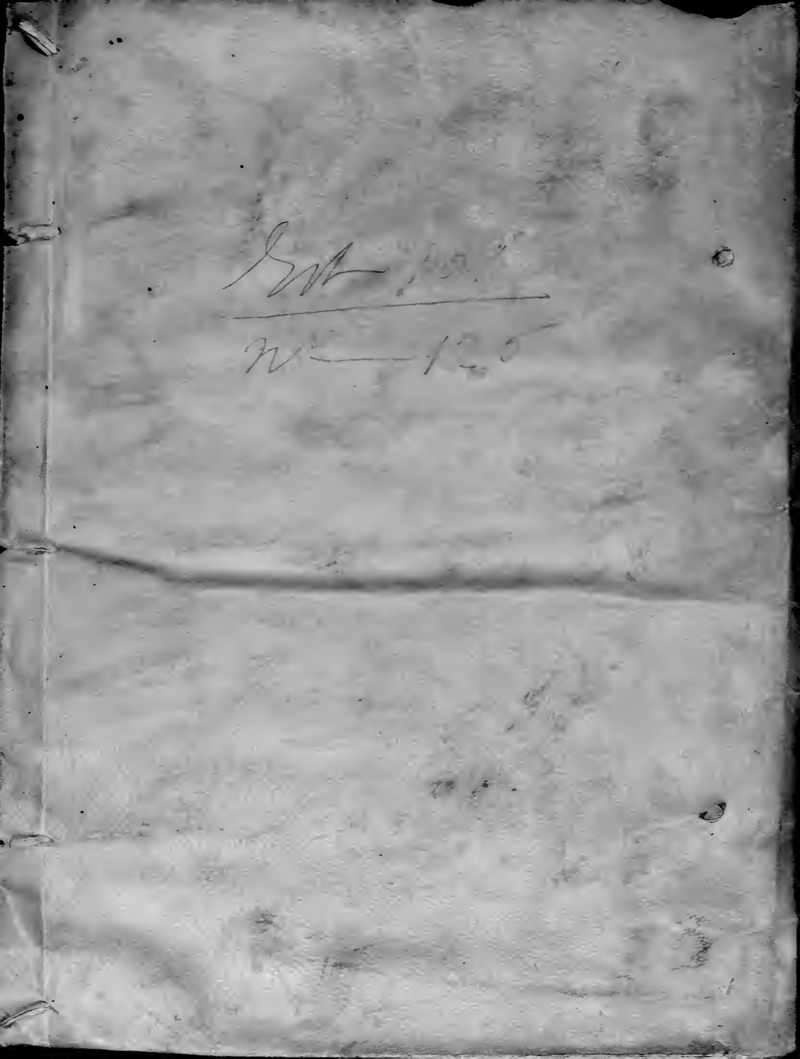

Est
N°



J.M.J.

ALEGACION EN DERECHO,

POR

DON LUIS JUAN DE TORRES, COMO marido, y conjunta perſona de Doña Maria Roſell:

CON

DON JUAN ROSELL Y RODA, DE LA Ciudad de Orihuela:

SOBRE

Que deve eſte ſatisfacer à dicha Doña Maria, como à hija unica de Don Joſeph Roſell y Roda, y de Doña Thereſa Carraſco, 6000.lib. que dexaron, y legaron Don Joſeph Roſell y Deſprats, y Doña Iſabel Rocamora, fundadores del vinculo que poſſee dicho Don Juan, à la hija del ultimo poſſeedor, que murieſſe ſin riguroſos agnados.

HECHO.

1 ON Joſeph Roſell y Deſprats, y Doña Iſabel Rocamora, conſortes, en ſu ultimo Teſtamento, autorizado por Bartholome Roig, Eſcrivano de la Ciudad de Orihuela, en 18. de Octubre 1662. fundaron un Vinculo, y Mayorazgo en la primer claſſe de llamamientos de agnacion riguroſa, llamando à la ſuceſsion en primer lugar à Don Juan Andres Roſell, ſu hijo ſegundogenito, y abuelo de mi Parte (por tener el primogenito otro Mayorazgo) y en caſo de morir dicho Don Juan Andres ſin hijos, ni deſcendientes agnados, llamaron à Don Arnau Roſell, ſu hijo tercero, y à ſus hijos, y deſcendienres varones de varones, haciendo lo miſmo en todos los demas hijos, como conſta en los autos foj. 46. y 58. la que no ſe tranſcrive por ir en eſto conformes las Partes.

2 Dichos fundadores, en atencion à la naturaleza del Mayorazgo, y que por ella quedavan excluidas las hijas del ultimo poſſeedor, diſpuſieron lo contenido en las clauſulas, que vertidas de Idioma Valenciano en que eſtan, à Caſtellano, ſon en eſta forma.

3 *Otroſi: Queremos, y es nueſtra voluntad, que todos tiempos, que venga el caſo de acabarſe la ſuceſsion de varon de varon de alguno de nueſtros hijos varones, y por eſta razon aver de paſſar dicho nueſtro Vinculo à varon de varon de otra linea, quedando excluida la femenina del ultimo poſſeedor, queremos, y es nueſtra voluntad, que ſi eſte tendrà hijas, ſe le aya de dar à la mayor 6000. lib. y à las otras 1000. lib. à cada una, y que eſtas cantidades para dichas hijas no ſe ayan de ſacar, ni pretender de las propiedades de dicho Vinculo, ſino de los frutos, y rentas de aquel.*

4 *Y que el ſuceſſor en dicho Vinculo no pueda entrar en la poſſeſsion de èl, haſta tanto que dichas cantidades eſtèn pagadas, y que eſto ſe haga todas las veces que ſucederà el dicho caſo; declarando aſſi-*

ſimeſmo, que ſi à dicho tiempo fuere muerta alguna de dichas hijas del ultimo poſſeedor, ſucedan los hijos de aquella, en la parte que avia de ſuceder ſu madre, ſi viva fueſſe. Conſta en los autos foj. 55.B. y 56.

5 En el miſmo Teſtamento diſpuſieron tuvieſſe obligacion el heredero que inſtituirian, de emplear de los bienes de ſu herencia 10000. lib. à favor del miſmo Vinculo con las clauſulas, que traducidas ſon como ſe ſigue.

6 *Por quanto el primer ſuceſſor en eſte nueſtro Mayorazgo, le inſtituimos tambien por nueſtro heredero, como abajo ſe declararà, y en dicha nueſtra herencia à mas de los bienes ſobredichos* (que eran de los que fundavan el Mayorazgo) *confiamos en Dios nueſtro Señor han de recaer otros muchos muy quantioſos de plata de ſervicio, joyas de oro, perlas precioſas, y alhajas de caſa, ducientas Bacas, quarenta Hieguas, y otros animales, ſin lo que (queriendo Dios) ſe aumentarà en vida de noſotros dichos teſtadores, y aſsimiſmo cantidad de dinero, que confiamos ſe encontrarà, frutos, y otras coſas: Por tanto queremos, y es nueſtra voluntad, que de todo, en continente, y deſpues de nueſtro fin, y muerte ſe haga inventario, y què de dichos bienes muebles, por sì movientes, ſin embargo, que importaràn mucho mas; ſe ayan de tomar, y tomen por dicho nueſtro heredero, que abajo nombraremos, y reducirlos à dinero efectivo haſta en ſuma de 10000. lib.*

7 Perfingen en las clauſulas ſiguientes la forma del empleo de dichas 10000.lib. que en caſo que ſalieſſe la compra de algun Lugar, y no huviera baſtante, ſe pudieſſen enagenar haſta el cumplimiento bienes del Vinculo, y que uno, y otro ſe executaſſe con parecer, acuerdo, y conſentimiento del poſſeedor del Mayorazgo de Benejuſer (que era el que disfrutava el hijo mayor) y del inmediato ſuceſſor del que fundavan, y proſiguen, ibi: *Las quales diez mil libras, queremos, y es nueſtra voluntad ſe agreguen, y eſtèn agregadas à eſte nueſtro Mayorazgo.* Conſta de eſtas clauſulas en el Proceſſo foj. 43.B. haſta las 46.

8 Inſtituyeron por ſu univerſal heredero à Don Juan Andres Roſell, ſu hijo ſegundogenito, para que agregando las

las 10000. lib. à dicho Vinculo pudiesse hacer de lo restante à sus libres voluntades, consta foj. 62. B. y 63.

9 Y dicho Don Juan Andres Rosell, heredero, y primer sucessor aceptò la herencia de los fundadores à beneficio de Inventario, y le hizo con escritura ante Bartholome Roig, Escrivano, en 6. de Mayo 1667. en el pleito foj. 148.

10 Y en su ultimo Testamento, que autorizò Andres Ximenez en 27. de Agosto del año 1679. despues de aver hecho diferentes Legados pios en crecida suma, y nombrado por Tutor, y Curador de las personas, y bienes de Don Joseph, y Don Juan Rosell y Roda, sus hijos, à Don Arnau Rosell y Rocamora, su hermano, del Consejo de su Mag. y Bayle General de la Ciudad de Alicante, por no aver cumplido en el empleo de las 10000. lib. à favor del Vinculo, como prescribieron los fundadores, dispone se haga por su heredero, con las clausulas, que traducidas son del tenor siguiente.

11 *Otrosi: Declaro por sucessor en el Vinculo, que fundaron los dichos Don Joseph Rosell y Desprats, y Doña Isabel Rocamora y Molins, mis padres, y yo al presente posseo, à Don Joseph Rosell y Roda, mi hijo mayor, con la obligacion de aver de alimentar à Don Juan Rosell y Roda, su hermano: y por quanto los dichos mis padres dispusieron en dicho Vinculo, que de los bienes libres, frutos, y dinero que dexassen, se cargassen 10000. lib. que se avian de aplicar à dicho Vinculo, y Mayorazgo, y no las he cargado. Por tanto, quiero, y mando, que el dicho Don Arnau Rosell y Rocamora, mi hermano, Tutor, y Curador de dichos mis hijos despues de mi muerte haga almoneda de todos mis bienes, y lo que bastarà se cargue en la Ciudad de Orihuela, ò en parte muy segura, y que lo que se cargare se agregue al referido Vinculo, y Mayorazgo.*

12 *Y si los dichos mis bienes, de que se ha de hacer almoneda, importaràn mas de dichas 10000. lib. que se han de cargar, de aquello que sobrare, le hago Legado à dicho Don Juan Rosell y Roda, mi hijo, y de dicha Doña Maria de Roda, mi muger, como assi sea mi voluntad.*

13 Y à mas de este le hace otros Legados al mismo Don

Juan, Parte adversa, è instituye por su universal heredero à Don Joseph Rosell y Roda, padre de mi Parte, à hacer de los bienes à sus voluntades.

14 Muerto dicho Don Juan Andres, se publicò su Testamento, y disposicion, y Don Arnau Rosell, Curador nombrado, acceptò la tutela, y cura à èl dexada, y en quanto à la institucion de heredero, hecha à Don Joseph Rosell, padre de mi Parte, se retuvo acuerdo para deliberar su imiscuicion, ò abstension con las clausulas traducidas, ibi: *Y aviendo oido, y entendido muy bien, respondiò el dicho noble Don Arnau Rosell y Rocamora, que acepta la tutela, y cura de los dichos Don Joseph Rosell y Roda, y Don Juan Rosell y Roda sus sobrinos, por la confianza que hizo de aquel el dicho Don Juan Rosell, su hermano, à beneficio de Inventario.*

15 *Y que en quanto à la herencia, dexada à dicho Don Joseph Rosell, se retenia el tiempo del Fuero para deliberar.* Consta en el Pleyto foj. 182.B.

16 Y en cumplimiento de su empleo passò Don Arnau Rosell, Curador testamentario, à hacer inventarios tutelares de los bienes recayentes en la herencia de Don Juan Rosell, y Doña Maria de Roda, segun escritura que autorizò Andres Ximenez en 19. de Octubre 1679. que està en los autos foj. 216. Y en dicha escritura, suponiendo la obligacion que le incumbe à qualquier Tutor, Curador, ò Administrador, prosigue con las clausulas, que traducidas à Idioma Castellano dicen, ibi: *En nombre de Tutor, y Curador de las personas, y bienes de Don Joseph Rosell y Roda, y Don Juan Rosell y Roda, hijos de los quondam Don Juan Rosell y Rocamora, y Doña Maria de Roda, consortes, segun consta de la tutela, y cura por el ultimo Testamento hecho por Don Juan Rosell y Rocamora en 27. de Agosto, &c.*

17 Hizo sus inventarios; y no consta, ni se ha probado en los autos inmiscuicion alguna, ni por el Curador, ni por Don Joseph heredero escrito en la herencia de Don Juan Rosell su padre.

18 Y dicho Don Joseph entrò à posseer el Vinculo

 que

que fundaron Don Joſeph Roſell Deſprats, y Doña Iſabel Rocamora; y por averſe auſentado en los contratiempos de la proxima paſſada guerra, ſe le confiſcaron todos los bienes que poſſeìa: y eſtando en la Ciudad de Barcelona, hizo ſu teſtamento, en que inſtituyò por heredera à Doña Maria Roſell, à tiempo que èſta ſe hallava en Milan con ſu tio el Marques del Rafal; conſta del teſtamento en los autos foj. 3.

19 Serenados por la paz los paſſados diſturbios, dicha Doña Maria, ſabedora de la inſtitucion de herencia de ſu padre, comprendiendola dañoſa, hizo de ella formal abſtenſion, con eſcritura que autorizò Joſeph Alfonſo en 8. de Abril 1728. que ſe halla en los autos foj. 188.

20 Y Don Juan Roſell, publicada la Paz, y en virtud del cap. 9. de ella, por aver muerto Don Joſeph Roſell, padre de Doña Maria, ſin hijos, ni deſcendientes agnados riguroſos, en virtud de la diſpoſicion de Don Juan Roſell y Deſprats, y Doña Iſabel Rocamora, ſe declarò ſuceſſor en dicho Mayorazgo, pidiò la poſſeſsion de los bienes en èl recayentes, y ſe le diò; conſta en el pleito foj. 69. haſta las 121.

21 Y Doña Maria Roſell mi parte, como à hija del ultimo poſſeedor, y en virtud de la diſpoſicion de los Fundadores, por peticion de 2. de Octubre del año 1727. pidiò en la Real Sala, ſe declaraſſe aver venido el caſo de la ſolucion, y pago de las 6000. lib. que los dichos Don Joſeph Roſell Deſprats, y Doña Iſabel Rocamora, fundadores del expreſſado Vinculo, avian dexado à la hija del ultimo poſſeedor, que murieſſe ſin verdaderos agnados; por ſerlo unica dicha Doña Maria, de Don Joſeph ultimo poſſeedor; pidiendo, ſe executoriaſſe dicho pago de los rentos del Vinculo, como preſcribian los fundadores; y que Don Juan parte otra, no pudiera entrar à la poſſeſsion, y percepcion de aquellos, haſta eſtar enteramente ſatisfecha: y que ſe notificaſſe à los deudores, y inquilinos de las fincas del vinculo, no los entregaſſen à Don Juan, y acudieſſen con ellos à Doña Maria, haſta eſtar èſta del todo ſatisfecha de dichas 6000. lib. conſta

de

de la demanda en el pleito foj. 122.

22 Y notificada à Don Juan, se opuso à ella, escusando el pago con diferentes, aunque debiles excepciones, que en este discurso para su satisfaccion se expressaràn; siendo la mas poderosa, la mutua reconvencion contra Doña Maria para el empleo de las 10000. lib. que mandaron los fundadores se agregassen al Vinculo, suponiendola en causa universal de Don Juan Andres Rosell, primer heredero, por medio de Don Joseph Rosell su padre; sin embargo de las quales, se sirviò la Real Sala, por su Sentencia publicada en 18. de Julio del año 1730. declarar por justificada la accion de Doña Maria, repeliendo las excepciones por Don Juan deducidas, y por no probada la reconvencion alegada: en cuya consequencia condenò à dicho Don Juan, à que dentro de 9. dias diesse, y pagasse à Doña Maria, y por èsta à Don Luis Juan de Torres su marido, las 6000. lib. expressadas, de los frutos procedidos, y que procediessen del mencionado Vinculo, absolviendo à Doña Maria de las 10000. lib. en que fue reconvenida para dicho remplazo, reservando à Don Juan su derecho à salvo, para que repitiesse dicha cantidad de los bienes que huviessen quedado por fin, y muerte de Don Juã Andres Rosell primer successor, y contra quien le conviniesse; consta en los autos foj. 400.

23 De cuya Sentencia suplicò, y en este grado ha deducido las mesmas, y otras nuevas, aunque inutiles excepciones, produxo testigos, y instruido el pleito està para declarar en Juicio de revista.

24 Y para examinar las pretensiones de las partes, y hacer evidencia de la justicia de Doña Maria al recobro de las 6000. lib. dividiremos este discurso en dos partes. En la primera, fundaremos el derecho de èsta à dichas 6000. lib. Y en la segunda, propondremos las excepciones opuestas, y su satisfaccion.

PAR-

PARTE PRIMERA.

EN QUE SE FUNDA EL DERECHO de Doña Maria Rosell al recobro de las 6000. lib. que dexaron, y legaron Don Joseph Rosell Desprast, y Doña Isabel Rocamora, à la hija del ultimo possedor, que muriesse sin riguro sos agnados.

25 DEtenernos à esforzar, y hacer demonstracion del derecho de Doña Maria al recobro de las 6000.lib. en vista de la clausula, y voluntad de los fundadores, parece, y es por demàs, como notò Ulpiano *in l. 1. §. 8. ff. de dote prælegat.* ibi: *Quidquid demonstratæ rei additur, satis demonstratæ frustra est, cap. 31. de regul. jur. in 6.* pues no cabe buscar apoyos, donde todos son evidencias, segun Casiodoro *lib. 9. var. cap. 23. Quis de illa re æstimet deliberandum, ubi nihil reperitur ambiguum.* Y quando la voluntad es clara, y evidente, no devemos acudir à interpretaciones, y questiones estrañas, y opuestas à la misma verdad; *l. 137. §. 2. in fin. ff. de verb. obligat. l. ille aut ille, §. 1. ff. de legat. 3.* ibi: *Cùm in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.* Y la de los fundadores fue tan expressa, y evidente, que no ha menester mas prueva, ni otro apoyo que ella misma, pues dispusieron, ibi: *Queremos, y es nuestra voluntad, que todos tiempos que venga el caso de acabarse la sucesion de varon de varon, de alguno de nuestros hijos varones; y por esta razon, aver de passar dicho nuestro Vinculo à varon de varon de otra linea, quedando excluida la femenina del ultimo possedor, queremos, y es nnestra voluntad, que si este tendrà hijas se le aya de dar à la mayor 6000. lib. y à las otras 1000. lib. à cada una, y que estas cantidades para dichas hijas, no se ayan de sacar, ni pretender de las propiedades de dicho Vinculo, sino de los frutos, y rentas de aquel.*

26 Y para afianzar mas la satisfacion de las cantidades

 des-

destinadas à las hijas del ultimo possedor, que por su sexo quedavan excluidas de la sucessión de dicho Mayorazgo; prosigue en la clausula inmediata, ibi: *Y que el sucessor de dicho Vinculo, no pueda entrar en la possession de èl, hasta tanto que dichas cantidades estèn pagadas; y que esto se haga todas las veces que sucederà el dicho caso, declarando assimesmo, que si à dicho tiempo fuere muerta alguna de dichas hijas del ultimo possedor, sucedan los hijos de aquella en la parte que avia de suceder su madre, si viva fuesse.* Consta en el hecho à num. 4. y 5.

27 En estas clausulas no cabe, ni mas expression en lo que disponen, ni mas claridad en la voluntad de dichos fundadores; y siendo esta el texto, y senda por donde devemos guiarnos, *L.* 120. *ff. de verborum significat. Uti quisque rei suæ legasset ita jus esto*, Nobela 22. *cap.* 2. *de suis*, & *leg. hæred. Disponat itaque unisquisque super suis, ut dignum est, & sit lex ejus voluntas.* Valenzuela *con.* 9. *num.* 1. Molina de *Hispaniar. prim. lib.* 1. *cap.* 2. *num. fin.* Aguila ad Roxas, *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 307. y en propios terminos la ley del Reyno, *leg.* 40. *Tauri*, *nunc l.* 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *recopil.* ibi: *Mandamos se guarde la voluntad del que lo instituyò*, pues pospuestas todas las razones, reglas, y disposiciones, se atiende solo à las que los testadores ordenassen, como notò Ulpiano *in l. ex facto* 35. §. 3. *ff. de hæred. instit. Et facit quidem totum voluntas defuncti, nam quidquid censerit expectandum est.* No alcanza nuestra cortedad (siendo Doña Maria Rosell hija unica de Don Joseph, ultimo possedor, en què conforman las Partes) motivo, ni aun colorado para eximirse el contendor del pago que por dicha Doña Maria se solicita.

28 Sin que embarace esta verdad la excepcion que contra lo deducido, y repetidas vezes confessado en los autos, como nuevo Aquiles ha deducido en el juicio de revista, que consiste en que no avria venido el caso à favor de Doña Maria de la manda, dexada à la hija del ultimo possedor que muriesse sin descendientes varones, suponiendo, que siendo el primer llamado à dicho Mayorazgo Don Juan Andres Rosell, abuelo de dicha Doña Maria, y padre de la adver-

ſa, no avria faltado el primer ſucceſſor ſin rigurofos agnados, reſpeto de quedar Don Juan Parte otra, y que ſu exiſtencia embarazaria el cumplimiento de la condicion, baxo la qual dexava las 6000. lib. y aſsi que careceria de derecho la pretenſion de Doña Maria.

29 Eſta excepcion, que con tanto ainco pondera, la anima ſolo la voluntariedad de alegarla, pues no ſolo ſe halla deſaſida de todo apoyo juridico, ſi que ſe opone à las reglas que preſcriben: que cada hermano forma por sì linea ſeparada, y diſtincta una de otra, como trae Molina *de Hiſp. primog. lib. 3. cap. 6. num. 31.* Roſa *conſult. 69. num. 177.* Gutier. *conſ. 13. num. 22. & canonic. quæſt. lib. 2. cap. 14. num. 50. & 51.* Roxas *de incompatib. part. 1. cap. 6. num. 167. Præſupponit pro regula quod quilibet fratruum cum ſuis deſcendentibus conſtituit propriam lineam, ut nec alter de alterius linea dici poteſt, & part. 8. cap. 7. num. 16. & 17. & ibi* Aguila, ſu addicionador el Señor Larrea, *deciſ. granat. tom. 1. diſput. 8. num. 50.* Torre *de major. tom. 3. deciſ. 30. num. 8.* ibi: *Cum quilibet ſoror, ſeù frater propriam diſtinctam lineam conſtituat, ita ut alter de alterius linea dici non poſsit*, donde cita muchiſsimos Eſcritores.

30 Pues aunque avido reſpeto à los fundadores, y al primer ſucceſſor de dicho Vinculo, ſe puedan llamar de una miſma linea, y familia; empero para el efeto de las ſuceſsiones (que es en el q̃ nos hallamos) no ſe deve atender la linea avida conſideracion al primer fundador, *leg. petò. §. fratre ff. de legat. 2. l. fin. C. de verb. ſignif. l. omnia §. in fideicommiſſo. 6. ff. de legat. 3. l. 2. tit. 15. part. 2. & l. 9. tit. 1. part. 2.* y es teoria conformemente recibida en la practica. Molina *de Hiſpan. primog. lib. 1. cap. 6. num. 47. & lib. 3. cap. 9. num. 11. & 15.* & ibi Addentes; Pereg. *de fideicom. art. 20. num. 3. cum ſeq.* Valenzuela *conſ. 47. num. 17. & num. 213. & 214. & fere omnes.* Ni tampoco al primer llamado, ſi ſolo al ultimo poſſeedor. Mieres *de majorat. part. 2. quæſt. 7. num. 29.* Torre *de majorat. tom. 3. deciſ. 38. num. 12.* ibi: *Lineam ad effectum ſuccedendi in primogenituris, & majoratibus non conſiderari habito reſpectu ad proximum adquirentem, quo caſu omnes poſſunt dici de*

ea-

eadem linea , sed considerari , habito respectu ad ultimum possessorem , qui ex ipsius persona constituit lineam diversam, & distinctam à lineis eorum.

31 Y asi es cierto , que Don Joseph , padre de Doña Maria , como à hijo primogenito de Don Juan Andres Rosell , primer llamado , formò linea primogenita, y Don Juan parte adversa, linea segundogenita , aunque todos desciendan del fundador , pues la linea de los descendientes, se divide en diferentes especies , como son , linea primogenita , segundogenita , terciogenita , &c. Y todas estas entre sì son distintas. Gutierrez *Canon. quæst. lib. 2. cap.* 14. *num.* 50. ibi : *Ex filiis conditoris , seu possessoris majoratus filius primogenitus efficit primum caput in linea descendentium , & filius secundogenitus, secundum caput constituit , & tertius , tertium.* Y despues de citar algunos Escritores , prosigue ibi : *Quod licet una sit linea descendentium ad succesionem Regni, tali s linea descendentium dividitur in plures , videlicet , lineam primogenitorum , & lineam secundogenitorum , & sic de singulis.*

32 Torre *de majorat. tom.* 3. *decis.* 38. *num.* 13. ibi: *Linea enim descendentium dividitur in plures descendentium species, nempe in lineam descendentium primogenitorum , in lineam descendentium secundogenitorum , & in lineam descendentium tertiogenitorum , & sic de aliis , ut optimè advertit* Cels. Ugo. *cons.* 120. *num.* 12. Y asi es inegable , que la linea primogenita agnaticia eò de qualidad , que formò Don Joseph Rosell , padre de Doña Maria , se extinguiò por aver faltado sin hijos, ni descendientes varones agnados , dexando en hija unica à aquella , y vino el caso prescrito en la ley de la fundacion de aver de translinear este Mayorazgo à otra linea , que fue la que formò Don Juan Rosell , parte adversa , y el del pago de las 6000. lib. prescrito por los fundadores.

33 Y que esto sea asi , à mas de convencerlo las disposiciones legales , lo evidencia , y califica la clara , y expressa voluntad de los fundadores , ley inalterable para el caso , *leg. ex facto* 35. §. *rerum* 3. *ff. de hæred. instit. l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat.* Vela *decis.* 47. *num.* 43. Rosa *consult.*

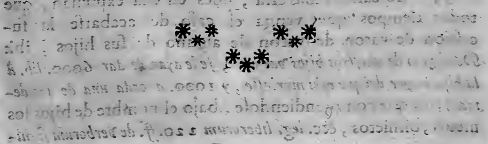
69. *num.* 29. pues en la clausula de la fundacion expressan, ibi: *Es nuestra voluntad, que todos tiempos que venga el caso de acabarse la sucession de varon de varon de alguno de nuestros hijos varones, y por esta razon aver de passar dicho Vinculo à varon de varon de otra linea, quedando excluida la femenina del ultimo posseedor; queremos, y es nuestra voluntad, que si este tendrà hijas, se le aya de dar à la mayor 6000. lib.*

34 En cuya clausula con la mas viva expresion declaran, que todos tiempos que venga el caso de acabarse la sucession de varon de varon, &c. ibi: *Todos tiempos que venga el caso*; que es lo mismo que si digeran, *Semper, & quandocumque* venga el caso, cuyas dicciones son universales; de la primera lo persuade la ley fin. *ubi gloss. & scribentes, ff. ad leg. Pompejam de patricid.* Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 33. Surdo *cons.* 281. *num.* 21. Y ambas comprenden todo tiempo, *leg.* 1. *ff. solut. matr. l. quia semper de in jus vocand.* Menoc. *cons.* 143. *num.* 9. Barbosa *de dict.* 256. *per tot. &* 310. *etiam per tot.* Y con igual explicacion (por no caber mayor) en la clausula siguiente. *Y esto se haga todas las vezes que sucedera dicho caso* (que es el de aver de translinear, dexando hijas el ultimo posseedor) que equivale à *quotiescumque*, que tambien es universal, y comprehensiva de muchas, y reiteradas vezes, y casos, *leg. uxorem* 41. §. *testamento* 7. *ff. de legat.* 3. *l. etsi* 21. §. *fin. vers. ultim. ff. quib. caus. major.* Menoch. *cons.* 143. *num.* 16. ibi: *Dictio* quotiescumque *significat plures vices, sicque reiterationem vitium, & casuum.* Barbosa *dict.* 289. *per tot.* Y asi parece temeridad dudar si ha venido, ò no el caso de la manda de las 6000. lib. dejada por los fundadores en la ley de la fundacion.

35 Lo califica mas esta, pues en ella expressan, que todos tiempos que venga el caso de acabarse la sucession de varon de varon de alguno de sus hijos, ibi: *De alguno de nuestros hijos varones, se le ayan de dar 6000. lib. à la hija mayor del que assi muriesse, y 1000. à cada una de las demas*; con que comprendiendose, bajo el nombre de hijos los nietos, bisnietos, &c. *leg. liberorum* 220. *ff. de verborum signi-*

ficat. ibi: *Liberorum appellatione nepotes, & pronepotes, cæterique, qui ex his descendunt continentur, Leg.* 56. §. 1. *ff. eodem l.* 59. *ff. de ritu nup. l.* 10. §. 9. *ff. de in jur. vocandi l.* 1. §. 1. *ff. de legat. præst.* Molina *de Hispan. prim. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. & 29. Menoch. *cons.* 1037. *num.* 7. *lib.* 11. & *cons.* 1071. *num.* 3. *lib.* 11. Surdo *de aliment. tit.* 9. *quæst.* 36. *num.* 34. Fusario *de substit. quæst.* 319. & 320. *num.* 28. y mas siendo disposicion de ascendiente, Peregrino *cons.* 64. *lib.* 4. Surdo *cons.* 403. *num.* 24. y favorable à los hijos, y nietos, Decio *cons.* 24. *num.* 11. *lib.* 2. & *cons.* 8. *num.* 54. el mismo Peregrino *de fideicom. art.* 22. *num.* 61. pues en todos militava una misma razon. Mantica *lib.* 8. *tit.* 8. *num.* 17. Fusario *dict. quæst.* 320. *num.* 36. no admite duda, que por la misma ley de la disposicion, y aun precindiendo de la de Mayorazgos, y sus reglas, està obligado el contendor à la puntual satisfacion de dichas 6000. lib.

36 Pues aviendose acabado la sucession de varon de varon de Don Joseph, por dexar solo en hija unica à Doña Maria, y aver por esto transllneado dicho Mayorazgo à la linea que formò Don Juan, quedando Doña Maria por su sexo excluida, no ay motivo, ni aun colorado para negar, que el caso que sucede no es el mismo identico, y especifico, que previnieron los fundadores, y entra de lleno la sentencia, y dicho de Pictagoras, que trae Valenzuela *cons.* 63. *num.* 189. ibi: *Ridiculus forem si Phebo lucem addere velem*, pues al passo que en la adversa es de estrañar la oposicion al pago por medio de dicha excepcion en vista de la clausula, en la mia es ridiculeza querer esforzar à tan docto Senado su evidencia, y claridad.



D PAR-

PARTE SEGUNDA:

EN QUE SE PROPONEN LAS EXcepciones en que funda la adversa la exclusion del credito de Doña Maria Rosell mi Parte, y la Satisfacion à ellas.

EXCEPCION I.

Por la reconvencion.

37 REconociendo Don Juan Andres Rosell lo justificado de la accion de Doña Maria al recobro de las 6000.lib. que solicita, recurre al asilo de la reconvencion, ò mutua peticion, como à successor de dicho Vinculo, alegando en los autos, que aunque sea cierto deversele à Doña Maria las 6000.lib. que pretende en virtud de la disposicion de los fundadores; pero que por la misma resultaria obligada à reintegrar al Vinculo en 10000. lib. por averlo assi prevenido los fundadores à su heredero, y primer sucessor. Y que aviendolo sido Don Juan Andres Rosell, y de este Don Joseph, su hijo, y de este Doña Maria mi Parte; no constando de dicho empleo, y agregacion, estaria sin duda Doña Maria obligada à èl: y assi, que amàs de las 6000.lib.que pretende, deveria satisfacer 4000. lib. à cumplimiento de dichas 10000. lib. de que le hizo mutua reconvencion.

38 A esta excepcion parece se reduce el mayor esfuerzo del Contendor, y en que funda su confianza: y deviendo plenamente verificar la reconvencion, *l.1.tit.5. lib.4. Recopil.* Paz *in prax.part.1.tom.1.num.14.& 15.* Villadiego *in sua Polit.cap.1.num.11.* necessitandose para esta de mayores, y mas eficaces pruevas, que para la convencion; Menochio *de arbit.lib.1.quæst.44.num.10.* ibi: *Quoniam si conventionis causa posset probari levi probatione, non sic causa reconventionis, quæ*

sui

sui natura efficaciorem, & pleniorem probationem requirit; Cancer. *var. resolut. tom. 2. cap. 11. de reconvent. num. 52.* ha intentado hazerlo, acudiendo al empeño de persuadir, que Doña Maria tiene causa universal de Don Juan Andres Rosell primer successor, y heredero de los fundadores, por medio de Don Joseph su padre.

39 Y para manifestar frustradas sus ideas, se deve suponer por regla cierta en Derecho, que la addicion de heredero, eo immiscuicion, nunca se presume, si no se prueva; y aquel que le conviene le incumbe el hacerlo, *l. 13. §. ult. l. 14. l. pro hærede 20. ff. de adqui. hæredit.* Gracian. *discept. forens. cap. 706. num. 27.* ibi: *Quia hoc procederet quando esset probata addictio, de qua non constat, & tamquam fundamentum partis erat ante omnia probanda talis addictio.* Mascardo *de probat. conclus. 40. num. 8.* ibi: *Illa non præsumi nisi probetur.* Y despues de citar algunos textos, y Escritores, prosigue: *Adeo, ut probanda sit per eum, qui eam in medium affert, illique innititur.*

40 De forma, que aunque sea heredero escrito, ni adquiere los bienes de la herencia, ni se puede llamar propiamente tal, hasta que preceda la addicion, ò immiscuicion, *leg. 3. §. si quis ita ff. de hæredibus instituendis, l. si in diem 46. ff. de condit. & demostrat.* Peregrin. *de fideicom. art. 15. num. 41.* Castillo, *lib. 5. cons. cap. 96. num. 3.* Vela *disert. 41. num. 23.*

41 Y esto procede en tanto grado, que aun en el hijo no se presume la immiscuicion en los bienes, y herencia del padre, si expressamente no se prueva por el que le reconviene, como à tal, Gracian *diser. forens. cap. 477. num. 25. & cap. 732. num. 65.* ibi: *Quare debet probari immixtio, per eum qui agit contra suum; & cap. 733. num. 15.* ibi: *Ideo opus est quod agens contra filium ex persona patris, debeat facere mentionem, & probare, quod sit illius hæres, nam alias subcumbit, tamquam non probans id, quod est causa suæ intentionis*, y cita muchos textos, y Escritores. Mascard. *de probat. vol. 2. conclus. 804. per tot.* Surdo *decis. 339. num. 16.* Menoch. *de præsump. lib. 4. præsump. 99. num. 2. cum seq.* el Cardenal de Luca *de jure patronat. disc.*

disc. 60. num. 5. con muchos Ciriaco *controver. forens. controv.* 244. *num.* 24.

42 Pues aunque por Derecho Civil el hijo por la patria potestad era suyo, y necessario heredero del padre, como notò el Jurisconsulto Paulo *in l. in suis.* 11. *ff. de liber, & Posthum. & in l. cum ratio* 7. *ff. de bonis damnatorum, cum similibus*; pero por derecho pretorio, se les concediò à los hijos, y suyos herederos el beneficio de la abstension, como lo dispuso el Emperador Justiniano en el §. *sui* 2. *vers. sed his instit. de hæredum. qual. & differt*, ibi: *Sed his prætor permittit volentibus abstinere hæreditate. Leg. necessariis* 57. *ff. de adquirenda, vel omitenda hæreditate*, ibi: *Necessariis hæredibus, non solum impuberibus, sed etiam pluribus, abstinendi se ab hæreditate proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hæreditariis, jure cibili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hæreditatem.*

43 Por cuyo motivo en virtud de este beneficio pretorio, el hijo no se presume heredero del padre, sino que es precisso el que le reconviene, como à tal, verifique, y prueve la immiscuicion en la herencia, y de otra forma deve sucumbir. Mascard. *de probat. vol.* 2. *conclus.* 804. *nnm.* 1. & 2. ibi: *Cum itaque filius vi hujus Prætorii beneficii hæres non presumatur patris, opus est, ut his à paternis creditoris convenire possit, probare eum non solum filium esse, sed etiam se parenti sui hæreditate immiscuisse*: y despues de citar muchos textos, y Escritores, prosigue, ibi: *Et quem admodum contra filium emancipatum non est fundata, neque stabilita creditorum intentio, nisi probent eum addidisse, itaque contra filium in potestate, nisi probetur eum immiscuisse.* Rolan. Val. *cons.* 20. *num.* 17. ibi: *Secundo non obstat dictum apostoli*, si filius, ergo hæres, *quia illud dictum procedit in filio agente, non autem in filio Convento, uti hæres, quia tunc qui agit contra filium uti hæredem patris, debet hoc probare, cum sit causa suæ intentionis.* Y supone esta por comnn opinion.

44 Es puntual, y lleno el lugar de Autonio Gomez *var. resol. cap.* 9. *num.* 25. donde excita la question, de si muerto el padre los acrehedores intentassen accion para el recobro de sus creditos contra el hijo, y no constasse en el processo

de la immiscuicion, ò abstension, si en este caso, que parece el mismo de nuestra especie, quedaria fundada la intencion de los acreedores para condenar al hijo; ò seria precisso probarla; y aunque propone, y esfuerza la contraria opinion al versiculo, *sed his non obstantibus* resuelve, ibi: *Sed his non obstantibus contrarium est tenendum, imò quod intentio creditorum non sit fundata, nisi probent immixtionem filii.* Y la apoya en los versiculos siguientes con muchissimos textos, y Escritores, satisfaciendo à los en contrario opuestos, y esto lo defiende en tanto grado, que aunque el hijo se oponga en aquel pleyto, no por esto dice, se prueva la immiscuicion, si que deven los herederos probarla, y supone esta comun opinion, ibi: *Sed ego teneo contrarium, imo quod etiam isto casu, non sit fundata intentio creditorum contra filium: nec ex hoc videtur se immiscuisse, & ista es communis opinio.*

45 Lo mismo defendiò Spereli *decis. 72. num. 29. cum sequent.* ibi: *Ac pro inde agens contra filium, uti patris hæredem, teneatur pro fundamento suæ intentionis probare paternæ hæreditati illum se immiscuisse, alias subcumbat.* Y al num. 30. dice, ibi: *Etiam si filius tamquam heres Conventus nihil opponat, neque neget se esse hæredem*, y prosigue proceder lo mesmo, aunque el hijo posseyesse bienes de la herencia del padre. Y parece por demas immorar en esta proposicion en vista de tantos testimonios juridicos que la apoyan, y Autores de primer nota que la califican por comun.

46 En fè de ella, es evidente dever Don Juan Rosell, parte otra, como á fundamento de su intencion hacer plena, y concluyente demostracion, que Don Joseph Rosell, padre de mi Parte, se immiscuyò por sì, ò por medio de su Curador en la herencia de Don Juan Andres Rosell, primer heredero de los fundadores, y que Doña Maria avria executado lo mismo en la de su parte, y no haciendolo parece indispensable el subcumbir. *Quia actore non probante reus absolvendus, leg. qui accusare C. de edend.* ibi: *Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat obtinebit. L. 2. C. de probat. tex. in §. retinendæ 4. vers. comodum instit. de interdict.* Peregrin. *decis.*

cis. 48. *num.* 2. Sperel. *decis.* 178. *num.* 35. 36. & 37.

47 Pues Don Juan Rosell en lo que mira à las excepciones, y à la reconvencion, es actor, y le incumbe obligacion indispensable de verificar su intencion. *Leg. quinquaginta* 12. *l. in exceptionibus* 19. *ff. de probat.* ibi: *In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem, veluti intentionem implere.* Mascardo *de probat. vol.* 1. *conclus.* 235. *num.* 7. Y reconociendolo assi àcude al empeño de probarlo por los medios siguientes.

MEDIO I.

48 EN esfuerzo de la reconvencion intentada, y en apoyo de que Doña Maria tiene causa universal del primer heredero, dice Don Juan: que el Curador de Don Joseph hizo inventarios de la herencia de Don Juan Andres primer heredero, y que el mismo Curador avria confessado, que los bienes que recaìan en la herencia, eran los adnotados en el inventario, y de esto infiere la immiscuicion del menor.

Satisfacion.

49 Esta excepcion, y hilacion, que ella se induce, de ninguna forma procede; pues se deve en hecho cierto suponer, que Don Juan Andres Rosell, primer heredero de los fundadores, nombrò en Tutor, y Curador de las personas, y bienes de Don Joseph, padre de Doña Maria, y de Don Juan, contendor, à Don Arnau Rosell y Rocamora, su hermano, y instituyò heredero à Don Joseph Rosell, padre de mi Parte, como consta en el hecho num. 13. y 14. Dicho Don Arnau aceptò el encargo de la Tutela, y Cura, y en quanto à la immiscuicion de herencia, se retuvo acuerdo para deliverar; consta en el hecho num. 14. y 15.

50 Es proposicion de regla, que el Tutor, Curador, y qualquier otro Administrador, antes de entrar à la administracion de su encargo, le precissa el derecho, y le impele su obligacion à hacer inventarios de todos los bienes del me-

nor,

nor, ò administracion. *L. tutor qui repertorium 7. ff. de administ. tutor, l. tutores Cod. eodem. Tutores, vel Curatores mox quam fuerint ordinati, sub præsentia publicarum personarum inventarium rerum omnium, & instrumentorum solemniter facere curabunt. Leg. 1. ff. de officio præfecti urbis, l. fin. C. arbitr. tutor.* y en este Reyno lo disponia el Fuero 12. *rub. de tut. testament.* en que se conforma la ley del Reyno, *leg.* 15. *tit.* 16. *part.* 6. Gutierrez *de tut.* 2. *part. cap.* 1. *per tot.* Pareja *de instit. edict. tit.* 5. *resolut.* 4. *num.* 1. Menochio *de arbit. casu* 174. *num.* 1. *per tot.* Capitio *decis.* 50. *num.* 3. Bas *in theat. cap.* 43. *& ibi plures*, de tal manera, que el inventario es el vasis, principio, y fundamento de su administracion, y de sus quentas, y sin èl, no puede darlas. *Leg. cum servus* 82. *ff. de condit. & demonst.* Gutierrez *de tutel.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 50. Escobar *de ratioc. cap.* 9. *num.* 2. Pareja *de inst. edict. dict. tit.* 5. *resolut.* 4. *num.* 2. ibi: *Hocque optima cum ratione constitutum, cum inventarium debeat esse rationum caput, sine quo, nec confici, nec reddi possunt.* Bas *dict. cap.* 43. *num.* 34. Escobar *de ratiocinis cap.* 11. *per tot. & præcipue num.* 3.

51 Y Don Arnau Rosell, Curador, compelido de la obligacion de su empleo por la aceptacion de la Cura, y en su cumplimiento hizo el inventario tutelar de todos los bienes de la herencia de Don Juan Andres Rosell su hermano, y esto no induce, ni aun sombra de immiscuicion en nombre del menor, porque en el Curador residian dos representaciones para poder hacer los inventarios, una de Curador de entrambos hijos, en el qual para el regimen, y govierno de su empleo, y evitar todo fraude, y dolo devia hacerles, como les hizo, y otra como à Curador de Don Joseph Rosell, heredero escrito, y los hechos como Curador, son distintos de los que devia executar en nombre del heredero, y de estos no se escusa por la confession de aquellos, ni los tutelares inducen, ni pruevan aceptacion, ni immiscuicion del menor en la herencia, Gracian *discept. forens. cap.* 767. *num.* 18. ibi: *Fuit confectum in actu susceptionis tutelæ, quod non jubat ad effectum adeundi hæreditatem, cum duo inventaria debeat conficere tutor,*

u-

niuni ad legitimandam personam ipsius tutoris, & negotia pupilorum peragenda, alterum ad hæreditatem adeundam, ad qua geminata inventariu teneatur tutor; ita & taliter, ut unum non prosit pro alio, neque illud cedat pro duplici inventario tutelæ, & hæreditatis; cum multum differant inter se, & in forma, & in causa, & in finali effectu. Baldus *in l. ult. §. cum igitur col. pen. post. med. vers. ex quo patet, num. 19. C. de jur. deliber.* Y cita algunos Escritores.

52 Del mismo sentir fue Gutierrez *de tutelis part. 2. cap. 1. num. 109.* ibi: *Ultimo in materia inventarii conficiendi per tutores, & administratores minorum, illud observandum erit; aliud esse inventarium hæreditatis adeundæ, aliud inventarium fiendum per ipsos tutores, & curatores ad legitimandas eorum personas, & negocia pupilorum peragenda, ut notatur in dict. l. tutores qui repertorium, ff. de administ. tutor. & in l. fin. C. de jur. de lib. & ideo necesse habet tutor aliud facere inventarium, quando vult addire hæreditatem cum beneficio legis, & inventarii.*

53 Y que los hechos por Don Arnau Rosell fuessen tuterales, y en execucion, y cumplimiento de su cura, por la precission que de ello, como à tal tenia, y para evitar los daños, y recelos, que de lo contrario contra èl nacerian, y no hereditarios, y en nombre del heredero lo convence su propio hecho, y confession, que es la mas relevante prueva, *l. 1. ff. de conf. l. 1. C. eod. l. post rem judicatam, ff. de re judic. l. 7. tit. 3. part. 3. l. 5. tit. 21. lib. 4. recop.* pues al tiempo de la publicacion del testamento de Don Juan Andres Rosell, en que se le nombrava Curador, dixo: aceptava la cura à èl dexada à beneficio de inventario, como es dever en los autos foj. 182. B. ibi. *Que aceptava la tutela, y cura de los dichos Don Joseph Rosell y Roda, y Don Juan Rosell y Roda, sus sobrinos, à beneficio de inventario.* Y poniendo en execucion lo expressado al tiempo de la aceptacion, para evitar qualquier dolo, fraude, ò sospecha, passò à executarles en el referido nombre de Curador; consta en el pleyto 216. ibi: *En nombre de Tutor, y Curador de las personas, y bienes de Don Joseph Rosell y Roda, y Don Juan Rosell y Roda, hijos del quondam Don Juan Rosell y*

Rocamora, y *Doña Isabel de Roda*, *consortes*, *segun consta de dicha tutela*, *y cura*, *&c.* Y ni para hacerlos, ni en ellos tomò en boca el nombre del heredero, y sòlo le acordò para retenerse acuerdo en la deliberacion: y assi es claro, y à todas luces patente, que dichos inventarios fueron tutelares; y por consiguiente no inductivos de imiscuicion alguna en la herencia, y es estraña qualquiera contraria ilacion.

MEDIO II.

54 POco seguro el contendor con tan debil, y no bien fundado medio para probar la imiscuicion recurre à otro no menos insubsistente; que es: que la herencia de Don Juan Andres Rosell, seria notoriamente opulenta, y que en esta se presume la imiscuicion, ò addicion, aunque no se pruebe, como defienden algunos Escritores.

Satisfacion.

55 Esta opinion tiene poco sequito, y la contraria es mas segura, pues aunque la herencia sea opulenta, se deve probar su addicion, ò immiscuicion. Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsump. 99. num. 2. vers. & hæc*, ibi: *Et hæc quidem præsumptio locum habet quando hæreditas est opulenta, nam adhuc non præsumitur additio.* Gracian *discept. forens. cap. 706. num. 29.* ibi: *Neque sufficeret præsumptio hæreditatis opulentæ ad probandam additionem, ut tenet Rota, &c.* y esto aun en los hijos, *l. 2. C. de jur. deliber. l. si cum dotem 22. §. 22. vers. sed si filius in fin. ff. solut. matrim.* el mismo Menoch. *dict. præsumpt. 99. n. 4.* Y parece estamos fuera de esta question, y del empeño de probar los haveres de dicha herencia, por sacarnos de uno, y otro el testamento del mismo Don Juan Andres Rosell.

56 Pues en èl, haciendose cargo de la obligacion que le incumbia, como à heredero de su padre fundador, en que mandava empleasse 10000. lib. à favor del Vinculo, por no averlo hecho, y reconociendo esta obligacion, dispone, ibi:

Que por quanto los dichos mis padres dispusieron en dicho Vinculo; que de los bienes libres, frutos, y dinero, que dexassen, se cargassen 10000. lib. que se avian de aplicar à dicho Vinculo, y Mayorazgo, y no las he cargado: Por tanto, quiero, y mando, que el dicho Don Arnau Rosell y Rocamora, mi hermano, Tutor, y Curador de mis hijos, despues de mi muerte, haga almoneda de TODOS MIS BIENES, y lo que bastarà se cargue en la Ciudad de Oribuela, ò en parte muy suta, y segura, y lo que se cargasse se agregue à dicho Vinculo, y Majorazgo, y si los dichos mis bienes, de que se ha de hacer almoneda, importaràn mas que las 10000. lib. que se hàn de cargar, de aquello que sobrasse LE HAGO LEGADO AL DICHO DON JUAN ROSELL Y RODA, MI HIJO, y de la dicha Doña Maria de Roda, como assi sea mi voluntad: consta en el pleyto foj. 177. B. y 178. y dexa un legado de unos libos de humanidad à Don Joseph, diferentes cahullas de tierra à Don Juan à mas del Legado del reliquato de todos sus bienes, è instituye por universal heredero à dicho Don Joseph.

57 Cuya disposicion plena, y claramente califica lo dañoso de dicha herencia, y el no ser nada conveniente, y utilosa à Don Joseph, heredero escrito; pues por la misma disposicion resulta quedar exausta, y sin un maravedi; porque à mas del Legado de los pocos sitios que tenia, se le hace tambien de todo lo que quedasse reintegrado el Vinculo, pues de todos mandò se hiciesse almoneda, ibi: *Haga almoneda de todos mis bienes*, y la diccion *todos*, que equivale à *Omnia* es universal, y comprehensiva de todos los bienes sin exclusion alguna, *L. Julianus, leg. testatorem in prim. ff. de legat. 3.* Menoch. *cons. 20. num. 17. & cons. 156. num. 23. & de præsum. remed. 15. num.* 194. Burgos de Paz *cons. 25. num.* 28. Barbos. *de diction. diction. 207. per tot.* Con que es visto, que al heredero unicamente le dexava el cuidado del empleo, y la obligacion de entregar el reliquato à Don Juan.

58 En cuyos terminos, es menos creible la adicion, y mas dificil su prueva, y la requiere mayor, pues se tendria por demencia immiscuirse en herencia que no podria aca-

rrear

trear sino zozobras, y ningun util; con muchos el Cardenal de Luca *de hæredit. discurs.* 12. *num.* 8. ibi: *Quod agebatur de hæreditate evidenter damnosa, atque ab initio reputata suspecta; vel saltim intrincata, unde propterea difficilius intrat præsumptio additionis, & consequentèr magis urgentes ac præfatæ probationes desiderantur, cum in dubio (stante præsertim communi hodierno usu, etiam opulentissimas ac notoriè lucrosas hæreditates, non adeundi absque beneficio inventarii) non de facili præsumenda sit hujusmodi fatuitas, adeundi suspectam hæreditatem.* Franchis *decis.* 80. *num.* 9. Ciriaco *controv.* 244. *num.* 32.

59 Y procede con mayor razon quando dicha immiscuicion la intenta Don Juan probar, como acreedor de dicha herencia; y por consiguiente contra el hijo, y no à su favor, el Cardenal de Luca *de hæredit. discurs.* 12. *num.* 9. Rolandià Vàl. *cons.* 20. *num.* 17. Spereli *decis.* 17. *num.* 29. Gomez *var. cap.* 9. *num.* 25. *cum seq.*

60 Convencese lo que vamos ponderando por el mismo hecho del Curador, pues no admite duda, que el se retuvo acuerdo, y no consta en los autos de la explicacion de este en la immiscuicion; y este silencio, passado el tiempo que persingia el fuero, que eran tres meses *for.* 4. & 5. *rub. de jure deliber. for.* 41. *rub. de testament.* persuade, y prueva la abstension, *leg. cum in antiquioribus* 19. *C. de jure deliberandi*, ibi: *Si enim ipse postquam testamento fuerit insinuatum, vel abintestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso, nihil fecerit ex quo, vel adeundam, vel renuntiandam hæreditatem manifestaberitis cum successione sua hujusmodi beneficio excludatur*; pues no aviendose immiscuido en la herencia, el mismo hecho califica expressa voluntad en la abstension, *leg.* 12. *ff. de reg. jur. Qui non fecit quod facere debet: videtur facere adversus ea quæ non fecit.*

61 Y en este Reyno procedia sin dificultad por los Fueros 4. §. *è si dins, rub. de jure deliberandi*, y el 6. eodem, que disponian, que passados dichos tres meses, sin explicar el animo, y acuerdo retenido, se entendiesse expressamente repudiada la herencia, ibi: *E si lo hereu, ò llegatari universal callara,*

ra, *que encontinent passats los tres mesos si à vist la heretat*, *ò la deja universal aver repudiada*; y assi es inegable la abstension, y cierta esta, lo es tambien no tener derecho alguno el contendor contra Don Joseph para el reintegro que solicita.

MEDIO III.

62 INsiguiendo el mismo empeño de probar la immiscuicion de Don Joseph en la herencia de su padre, se vale para inducirla de las quentas que diò Don Arnaldo à aquel, de la administracion de su Cura, que estàn en los autos foj. 753. hasta las 554. y de la carta de pago, que en su seguida otorgò, en la que se confessò satisfecho de 1253. lib. 19. suel. 11. de alcance de quentas, que se halla foj. 429. de los autos, induciendo de uno, y otro la immiscuicion, suponiendo, que ambas cosas las executò como à heredero.

Satisfacion.

63 Pero ni uno, ni otro lo persuade; para cuya evidencia se deve suponer: que en Don Joseph podian recaer dos representaciones entre sì distintas, y separadas; una de successor en el Vinculo, fundado por sus abuelos; y otra como à heredero. *Leg. tutorem 22. ff. de his quæ ut indigni aufer.* ibi: *Discreta sunt enim jura, quamvis plura in eandem personam devenerint.* Carlevalio *de Judicis, lib. 1. tit. 1. disput. 2. quæst. 4. num. 215. circa fin.* Y Don Arnaldo por solo Curador de Don Joseph, estava obligado à dar quentas de la tutela, aunque no fuesse heredero; y mas aviendo administrado los bienes del Vinculo, y con efeto las que diò fueron solo de aquella, pues assi lo expressa la instancia de Don Joseph para pedirlas, ibi: *Don Joseph Rosell y Roda, como mejor puede, y de Justicia le sea permitido, dice, &c.* y despues prosigue: *y el dicho D. Arnaldo Rosell y Rocamora, ha sido Tutor, y Curador de dicho exponiente*, y no interviene como à tal heredero, ni expressa serlo.

64 Y Don Arnaldo, notificada la instancia, y para ir consequente en los hechos antecedentes, passa à formar las quentas de la Cura, y administracion, y en el preambulo, dice, ibi: *Haciendose cargo, y descargo de los bienes de la tutela, y cura de Don Joseph Rosell y Roda, que ha regido, y administrado, como à tutor testamentario de aquel*; y la mayor parte, ò casi todos los instrumentos, que en justificacion de las quentas presentò, lo persuaden; pues se hallan en favor de Don Arnaldo, como à Curador de Don Joseph, y de Don Juan, sin ser este ultimo heredero escrito, como consta en el processo foj. 605. B. y siguientes, con que es prueva clara, que las quentas que diò fueron tutelares, y en descargo de su cura, y no de los bienes de la herencia; pues siendolo no podia justificar las datas con cautelas, hechas à favor de Don Juan, que no era heredero; y lo mismo procede en quanto à la carta de pagò, pues no la otorgò como à heredero, ni resulta de ella serlo, y assi nada le puede sufragar uno y otro.

65 A mas, que concurriendo en Don Joseph la representacion de sucessor, aviendo Don Arnaldo administrado los bienes del Mayorazgo, estava obligado à dar quentas, y yà por esto, como por Curador, podia Don Joseph tomarlas, sin valerse, ni gastar el nombre de heredero, como no le gastò, y siempre que el acto se puede hacer con qualquier otro titulo, ò derecho, no se entiende executado como à heredero, *leg. pro hærede* 20. *in fin. ff. de adquirenda, vel omittenda hæreditate*, ibi: *Cæterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiæ causa fecit, si quid quasi non hæres egit, sed quasi alio jure dominus apparet non videri pro hærede gessisse*, el Cardenal de Luca *de hæred. discurs.* 11. *num.* 5. ibi: *Secus autem dato alio possibili titulo, vel jure, ex quo illi fieri potuerint, cum tunc additio non resultet, & discurs.* 12. *num.* 13. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 101. *num.* 27. 38. 54. y en propios terminos de pedir quentas, *l.* 5. *ff. de jure deliberandi. l. Aristo* 28. *ff. de adquir. hæred.* El mismo Menoch. *dict. præs.* 101. *num.* 81. ibi: *Decimus tertius casus quando quis petit reddi rationem administrationis. Hoc casu non præsumitur adita hæreditas, ita Bartolus in l. Aristo* 28.

28. de adquir. hæredit. Siriaco *controverſ. 244. per tot. & precipuè num. 26.* ibi: *Et adeo verum eſt non præſumi additionem hæreditatis, ut ſi poſſit capi alia conjectura, & interpretatio, quæ eam excludat illa ſit accipienda.*

66 Pues baſta que el acto con que ſe quiera inducir ſea dudoſo para excluir la immiſcuicion. *L. 42. §. ultim. ff. de adquirenda hæredit.* ibi: *Dicebamus niſi evidenter quaſi heres manumiſerit, non debere eum calumniam pati, quaſi ſe miſcuerit hereditati.* Mantica *de conjecturis ultim. volunt. lib. 12. tit. 9. num. 6.* Maſcardo *de probat. concluſ. 40. num. 10.* el miſmo Siriaco, *ubi proximè, num. 27.* de forma, que quando el acto, ò hecho puede apropiarſe, y executarſe, yà como heredero, yà en nombre propio, ſe entiende hecho en eſte, y no en aquel nombre, *dicta l. 20. verſ. cæterum de adquirenda hæredit.* & ibi, gloſſ. Rota *deciſ. 365. num. 4. part. 1. diverſorum.* Mantica, *lib. 12. tit. 12. num. 26.* con muchos Siriaco, *ubi ſupra, num. 29.* ibi: *Et quando actus factus ab eo, qui potuit eſſe hæres habet reſpectum ad factum proprium, & ad factum hæreditarium, tunc in dubio cenſetur factus jure, & nomine proprio.*

67 Y por eſſo el Juriſconſulto Ulpiano en la ley *2. ff. de inter. in jur. fac.* tuvo por muy dificil la prueva de la addicion, ibi: *Edictum de interrogationibus ideo Prætor propoſuit, quia ſciebat difficile eſſe ei, qui hæredem bonorumve poſſeſſorem convenit probare aliquem eſſe hæredem bonorumve poſſeſſorem,* y aſsintiò à la miſma dificultad el Juriſconſulto Paulo en la ley *3. eodem*, ibi: *Quia plerumque difficilis probatio additæ hæreditatis eſt.* Y aſsi ni el hecho de dar, ni tomar las quentas, ni la confeſsion de Don Joſeph de eſtar ſatisfecho de ſu alcance, pudiendo executar uno, y otro por sì, y como à ſuceſſor del Vinculo, y precindiendoſe del nombre de heredero, no induce, ni aun remota conjetura de ſerlo.

68 Y aunque le dieſſemos de barato al contendor el aver Don Joſeph aceptado la herencia de ſu padre por medio de ſu Curador, era igualmente claro no eſtar tenido à dicho reintegro, pues no admite duda; y reſulta de los autos, que el Curador hizo inventarios de todos los bienes de dicha

he-

herencia, cuyo beneficio preserva al heredero (en caso de averle) de no pagar de propios, ni estar tenido ultra vires hereditarias. *L. ultim. §. & si præfatam 4. C. de jur. deliber.* ibi: *Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint: hæreditatem sine periculo habeant, & legis falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio; ut in tantũ hæreditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant, & eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, & si nihil reliquum est posteriores venientes repellantur; & nihil de sua substantia pœnitus hæredes amittant.* Menoch. *cons. 203. num. 23. & 27. lib. 3.* Gracian *discept. forens. cap. 998. num. 2.* El Cardenal de Luca *de hæred. disc. 21. num. 2.*

69 Y el Curador en las quentas que diò, y ha presentado la adversa, en cuyo hecho las à aprobado, *cap. cum olim de cens. author. cum hoc C. de fide inst. l. Publia §. fin. ff. deposit.* Rolandia Val. *cons. 2. num. 116. vol. 1.* Mascardo *de probat. conclus. 711. num. 27.* con muchos Pareja *de instit. edict. tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 46. & 47.* dà puntual desalida de todos los bienes de dicha herencia, quedando solo alcanzado en 1253. lib. 19. suel. 11. como resulta de las mismas. Y assi mal se podria obligar al heredero à dicha agregacion, quando en la herencia no avia efetos para ella, y en virtud del beneficio del inventario, no podia estar tenido ultra vires hereditarias; y assi queda evidenciado no averse probado la imiscuicion de Don Joseph en la herencia de su padre Don Juan, pues ninguno de los medios de que se ha valido lo persuade.

EXCEPCION II.

70 REconociendose obligado Don Juan Rosell, parte adversa, à probar la imiscuicion en todos los grados que median desde el primer heredero hasta Doña Maria, à quien como à supuesta heredera de aquel, por la mediacion de su padre, y abuelo, reconviene: lo ha intentado hacer; pero ni en uno, ni en otro à tenido logro su deseo, y aunque desvanecido este por lo que mira à la imiscui-

cion

cion de Don Joseph en la herencia de Don Juan su padre, como lo convencen los fundamentos expressados, era por demas evidenciar lo mismo por lo particular à Doña Maria en la herencia de su padre, sinembargo lo haremos, no porque se necessite, si para total desengaño del contendor.

71 Dice este, que Doña Maria es heredera de su padre, y deviendolo probar, como tengo fundado à num. hasta el 47. lo ha intedtado por congeturas, que de ninguna forma lo persuaden.

CONJETURA I.

72 FUnda esta en un testimonio, dado por Joseph Martinez Rodriguez, Escrivano de Orihuela, en que con relacion à un Despacho del Señor Don Thomas Martinez Galindo, Juez que era de confiscaciones de la otra parte del Jucar, dice, ibi: *Parece que por parte de Doña Maria Rosell, como hija, y heredera de Don Joseph Rosell y Roda, se acudiò ante dicho Señor Juez, y en virtud del capitulo nono de la Paz, y su declaracion hecha en Viena, se pidiò la restitucion de la heredad de Bonanza, confiscada, à nombre de dicho Don Josep Rosell, como bienes libres de este, y en virtud de auto se le diò, &c.* que esta en los autos foj. 202. Y alegandose por parte de Doña Maria lo defectuoso de dicho testimonio, por ser sacado de un Despacho, y no expressar el Escrivano acertivamente si la possession pedida por Doña Maria era, ò no como à heredera, por explicarse con la voz *Parece*, que acertivamente nada determina: Para subsanar estos defetos, pidiò testimonio de los autos originales, suponiendo aver en ellos gastado dicha Doña Maria el nombre de heredera de su padre, para obtener la possession de dicha heredad de Bonanza, y dado por Miguel Calbo, que se halla foj. 369. hasta las 380. infiere de èl la imiscuicion, suponiendo pidiò la possession de aquella, como à heredera de su padre.

73 Esta conjetura la desvanece el mismo testimonio, y hecho que de èl resulta, pues la possesion de la heredad, no la pidiò Doña Maria por sì, sino el Procurador en su nombre, y este lo executò con solo un testimonio de poder de aquella para pleytos, segun el dado por Bruno Jover, que se halla foj. 376. ibi: *Con escritura que passò ante mi, oy dia de la fecha, la Ilustre Doña Maria Rosell y Carrasco, vecina de la Ciudad de Orihuela, y al presente en esta Ciudad de Valencia, otorgò poder à Thomas Brotons, Escrivano, vecino de la mesma, generalmente à los pleytos, assi demandando como defendiendo, con facultad de substituir, &c.*

74 Y con este, suponiendola heredera de su padre, sin justificarlo, ni presentar otro instrumento, ni mas poder que el expressado, pidiò la possesion, como de ello dà fè el Escrivano, ibi: *En virtud de dicho testimonio de poder (por no encontrarse en dichos autos otro alguno, dado por Doña Maria Rosell y Carrasco, à favor de dicho Thomas Brotons) puso peticion, sin firmarla Abogado, ni Doña Maria, si unicamente dicho Brotons, y en ella pidiò la possession de dicha heredad de Bonanza*; consta en los autos foj. 378.

75 De cuyo hecho de ninguna forma resulta imiscuicion, pues es proposicion de regla, que para inducirla por hecho del Procurador, se necessita de especialissimo poder, y sin esta circunstancia, aunque el apoderado tacita, ò expressamente execute acto alguno, suponiendo à su principal heredero, de ninguna forma le perjudica. *L. per Procuratorem* 90. *ff. de adquir. hæred.* ibi: *Per Procuratorem hæreditatem adquiri non posse. L.* 77. *ff. de regul. jur.* el Cardenal de Luca *de hæreditate discurs.* 12. *num.* 4. Ciriaco *controver.* 244. *num.* 65. ibi: *Procurator qui non fuerat constitutus ab eis uti hæredibus, non potuit illis perjudicari, nec facere aliquem actum pro eis uti hæredibus, quia per Procuratorem sine specialissimo mandato non fit quis hæres*; y à num. 66. prosigue: *Sive expressè, sive tacite id agat Procurator confitendo, vel actum aliquem faciendo, vel in juditio comparendo.* Y à numero 67. dà la razon, ibi: *Quia mandatum specia-*

ciale requiritur in his, quæ pendent ab alicujus animo, sicuti pendet additio hæreditatis. El Cardenal de Luca *de hæred. discurs.* 12. *num.* 4. con muchos Valeron. *de transact. tit.* 4. *quæst.* 5. *num.* 70. *cum seq.* Urceolo *de transact. q.*72.*num.*28.

76 Y esto procede en tanto estremo, que aun constituido el poder especial para adir la herencia, no se entiende tal hasta que con efeto lo estè, admirablemente Valeron *de transact. tit.* 4. *quæst.* 5. *num.* 70. *usque ad fin.* donde cita muchisimos textos, y Escritores. Y constando, que el poder que diò dicha Doña Maria, ni fue como à heredero de su padre, ni especial para imiscuirse en la herencia, si solo liso para pleytos, no se alcanza de aquel hecho segura ilacion en dicha imiscuicion.

77 Convençese lo referido, en que el Procurador no pudo perjudicar en aquella erronea confession à Doña Maria, *leg. sed, & si* 22. *ff.* de condit in debit. *l. error* 7. *C. de jur. & fact. ignorat.* ibi: *Error facti nedum fenito negotio nemini nocet. text. in cap. fin. de confes.* Bichio *decis.* 8. *num.* 20. Gutierrez *de tutelis part.* 3. *cap.* 1. *num.* 77. Surdo *decis.* 181. *num.* 16. Valenzuela *cons.* 27. *per tot. & præcipuè num.* 8. pues el error cede à la verdad, *l.cum falsa* 5. *C.de jur. & fact. ignorantia*, ibi: *Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit. L. ilicitas* 6. §. 1. *ff. de officio præsidis*, ibi: *Veritas rerum erroribus gestorum non viciatur*; excluye el consentimiento, y anula el acto, y obligacion que con error se contrae, *leg. si per errorem* 15. *ff. de jurisdictione omnium judicum*, ibi: *Si per errorem alius, pro alio prætor fuerit aditus nihil valebit, quod actum est, nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in præsidem, cum ut Julian. scribit; non consentiant qui errant, quid enim tàm contrarium consensui est, quàm error, qui imperitiam detegit? L. sed hoc ita* 20. *ff. de aqua pluv. arc.* ibi: *Sed hoc ita si non per errorem, aut imperitiam deceptus fuerit, nulla enim voluntas errantis est. L. nihil consensui* 116. §. 2. *ff. de reg. jur. Non videntur qui errant consentire.* Surdo *de alimentis, tit.* 7. *quæst.* 6. *num.* 19. Roland. *cons.* 13. *num.* 22. & *cons.* 32. *num.* 70. *vol.* 4. Bichio *decis.* 390. *num.* 9. Urceolo *de transact. quæst.* 96. *per tot. & præcipuè num.*

2.

2. Valenzuela *conſ. 27. per tot. omnino viden.* Ciriaco *controver. 244. num. 33. & 34.* Y mucho mas quando ſe trata de damno vitando, que en eſte caſo, *ſive juris, ſive facti ſit* no perjudica, *leg. 8. ff. de juris, & fact. ignor.* Roland. Val. *conſ. 69. num. 49. vol. 3.*

78 Y q̃ en el Procurador fueſſe error, y propio capricho el pedir la poſſeſsion de dicha heredad de Bonáza por D. Maria, ſupueſta heredera de ſu padre, lo convencen los miſmos autos, pues en ellos tiene evidenciado Doña Maria, que dicha heredad de Bonanza, ò la parte que poſſee, la adquiriò como à heredera de ſu madre, pues eſta, entre otros bienes ſe la conſtituyò ineſtimada à Don Joſeph, como lo califica la donacion en contemplacion de matrimonio, que de la metad de dicha heredad de Bonanza, y otros bienes le hizo Doña Elvira Balvoa y Ortigoſa à Doña Tereſa Carraſco ſu hija, y madre de mi parte, que eſtà en los autos foj. 248. quien ſe la conſtituyò en dote à Don Joſeph, padre de Doña Maria, ineſtimada, ibi: *Item aſsimeſmo de la metad de la heredad de Bonanza*, y proſigue, *las quales dichas 6000. lib. y la parte de la herencia de dicha ſu hermana* (que era la metad de la heredad de Bonanza, que como à hedera de ſu hermana le avia pertenecido) *le conſtituye en dote al dicho Don Joſeph Roſell. y Roda ſu marido, y quiere le queden ſalvos, &c.* y inmediatamente eſtà la aceptacion de dicha dote por Don Joſeph, y carta de pago de ſu recepcion; conſta en los autos foj. 252. y 255.

79 Con que ſiendo dicha heredad conſtituida en dote ineſtimada, no admite duda preſervò los privilegios de dotal, y como à tal quedò el dominio de aquella en dicha Doña Tereſa, y no paſsò jamas al de Don Joſeph, *leg. in rebus 30. C. de jur. dot.* ibi: *Cum eædem res, & ab initio uxoris fuerint, & naturaliter in ejus permanſerint dominio, leg. unic. §. & cum lex 15. C. de rei uxor. act.* ibi: *In fundo autem non æſtimato, qui & dotalis propriè nuncupatur maneat jus intactum, & tot. tit. ff. de fund. dotal. l. 2. C. eodem.* Olea *de ceſ. jur. tit. 5. quæſt. 12. num. 14.* Fontanela *de pact. nupt. clauſ. 5. gloſſ. 8. part. 13. num. 15.*

ibi:

ibi: *Imo tunc omne periculum ad mulierem pertinet, ipsaque domina dotis remanet*, & *num.* 16. ibi: *Ex qua differentia sequitur id quod dicitur rei dotalis esse prohibitam alienationem in. toto. titulo de fund. dot. & in leg. unic. §. & cum lex C. de rei uxor. act. intelligi debere quando est data inestimata, quo casu verum dominium est penès ipsam mulierem.* El Cardenal de Luca *de dot. disc.* 156. *num.* 2. & 3.

80 Es admirable el lugar de Bosio *de dot. cap.* 16. §. 4. *num.* 51. ibi: *Primus effectus, quod quando res dotales, quæ non consistunt in peccunia, numero, & pondere, & mensura tradantur marito in dote inæstimatæ (ut contingit quando dantur æstimatæ estimatione non faciente emptionem) sivè sint inmobiles, ut fundi, prædia (sive mobiles, ut vestes & simibia, sive se moventia, ut ancillæ, mancipia, grex obvium) verum, proprium, & naturalem dominium earumdem rerum dotalium non transit in maritum, sed est apud mulierem, seu uxorem, & sic maritus, etiam constante matrimonio non habet simpliciter, & absolute rerum earum inæstimatarum dominium.*

81 De forma, que el marido es un mero usufructuario, y administrador, constante matrimonio. El mismo Bosio *de dote dict. cap.* 16. §. 4. *num.* 52. ibi: *Ita quod maritus habeat dominium usùsfructus, & administrationis dotis uberius, tamen quam reliqui usufructuarii, ut Barbos. Castillus, & Fontanel. locis qui infra citantur, numquam vero in jure reperitur dominium verum, & naturale per traditionem rerum dotalium inæstimatarum transferri in maritum*; y cita muchos Escritores, y assi es cierto, que la parte de dicha heredad de Bonanza, quedò siempre en dominio absoluto de Doña Teresa.

82 Esta, en su ultimo testamento, que autorizò Alexandro Botella en 28. de Setiembre de 1692. que està en el pleyto foj. 333. dexò el usufruto de todos sus bienes à Don Joseph Rosell, padre de Doña Maria, y heredera à esta; consta à foj. 334. B. y 335. baxo cuyos supuestos, y hechos que no admiten duda, es conocido el error que tuvo el Procurador en suponer dicha heredad recayente en la herencia de Don Joseph, pues siendo usufrutuario, como lo era por

su muerte, como à derecho personal feneciò, *leg. 3. §. fin. ff. quib. mod. ususfruct. amit. l. 3. C. de usufr. l. 10. 12. 16. C. eodem. l. 8. §. 3. ff. de lib. legat. l. 29. ff. de ann. legat. §. 3. instit. de usufr.* & ibi: *Institutiste, & communiter omnes.* Y el averse confiscado à su nombre fue por posseerla, aunque con el titulo de usufructuario, *leg. si postulaverit 27. §. 11. ad leg. Jul. de adul.* Peregrino *de jure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 73.* y assi aquel error que tuvo el Procurador en suponer heredera à quien en verdad no lo era, como resulta de lo que tengo deducido, no pudo en nada perjudicar à Doña Maria, como tengo fundado en los numeros antecedentes, ni inducir imiscuicion en la herencia, por faltarle el consentimiento para ello.

83 A mas, que el posseer el hijo bienes que disfrutava y posseia el padre, no induce de necessidad, imiscuicion en su herencia, pues siempre que tenga otro titulo que el de heredero, excluye la imiscuicion, y su presumpcion. *L. pro hæred. 20. in fin. de adquirend. vel omitten. hæred.* y tengo plenamente fundado en este Memorial à num. 64. hasta el 66. à que añadimos à Ciriaco *controver. 244. num. 77.* ibi: *Quarto & ultimo respondeo, quod possessio bonorum non probat additionem, quando alio jure quis possidere potuit*, y cita à Ciabeta, Mascardo, Mantica, y otros. Peregrino *decis. 45 per tot. & præcipuè num. 5. omnino videndus.* Y Doña Maria tenia, y tiene por sì credito cierto para retener bienes de su padre, en caso de averles dexado, como era el de la dote que le traxo su madre. En propios terminos Peregrino *dict. decis. 45. num. 5. circa fin.* ibi: *Quod filius iste habebat dotem maternam ex qua videri poterat detinnisse mobilia paterna. Item jumenta, & propterea dici non posse videri inductam immixtionem pro hærede in bonis paternis, & multo magis præcedente abstentione expressa.*

84 Y es por demas inmorar en esto à vista de la formal abstension, que Doña Maria hizo de la herencia de su padre, con escritura publica ante Joseph Alfonso, que està en los autos foj. 188. pues siendo la imiscuicion, ò abstension adicion, ò repudiacion, una declaracion de animo, como notò Ulpiano *in l. pro hærede 20. ff. de adquir. hæred. Pro hærede*

au-

autem gerere non tam esse facti, quam animi; nam hoc animo esse debet ut velit esse hæres, *leg.* 5. *C. de jur. delib.* Y por esso de dificil prueva, segun Paulo *in l.* 3. *de interr. in jur. fac.* explicandole de Letrado Doña Maria, como lo hizo por medio de escritura publica, no ay razon de dudar en su abstension. Peregrino *decis.* 45. *num.* 5. *in fin.* ibi: *Et multo magis præcedente abstensione expressa.*

85 Y quando en los actos precedentes la huviera (que no hace) devia estarse à la declaracion de la misma Doña Maria, explicada en dicha escritura. El Cardenal de Luca *de feudis decis.* 19. *num.* 18. *& de hæredi decis.* 12. *num.* 10. pues en los actos que penden del animo, se deve diferir al mismo del que le executò, *leg. fin. &* §. 1. *C. de leg. l. ex fact.* 43. *ff. de vulg. & pupil.* Surdo *de aliment. tit.* 6. *quæst.* 8. *num.* 36. *& cons.* 94. *num.* 70. Ciriaco *controv.* 295. *num.* 30. *&* 31. Burato *decis.* 279. *num.* 12. El mismo de Luca *de hæred. decis.* 12. *num.* 12. y assi no puede alegarse razon para persuadir la imisticuicion, que no sea voluntaria. Y aviendo expressa declaracion de la abstension, es sumamente dificil su prueva. *Leg. & si quis* 14. §. 8. *ff. de relig. & sumpt. fun. l. pro hærede* 20. §. 1. *ff. de adquirend. vel omit. hæredit.* Ciriaco *controv.* 244. *num.* 36. ibi: *Et ideo si præcedat protestatio, quod quis non vult esse hæres, vel quod non intendit adire, tunc per actum additionis hæreditatis alias inductivum, non causatur additio.* El Cardenal de Luca *de hæred. decis.* 11. *num.* 10. *& decis.* 12. *num.* 10. *cum seq.*

CONJETURA II.

86 INduce esta el contendor, de que Doña Maria cobrò del Conde del Valle de San Juan cierta cantidad, que pertenecia á Doña Maria de Roda de los bienes de Don Alonso Thomas, Don Francisco Thomas su hijo, y otros segun la hijuela, y carta de pago, que presentò, y esta en los autos, cuyos haveres, suponiendoles recayentes en el Patrimonio de Don Joseph, padre de mi parte, y per-

cibidos por esta como à heredera, induce de este cobro dicha imiscuicion.

Satisfacion.

87 Esta conjetura, y su satisfacion, es mas de hecho, que de derecho, para cuya inteligencia se deve suponer; que los bienes que contiene dicha hijuela, se adjudicaron à Doña Maria de Roda, ò à los herederos de esta; y aunque suponiendo à Doña Maria, mi parte tal, se le entregaron, y les cobrò; empero en realidad no lo era, respeto que dicha Doña Maria de Roda en su ultima disposicion, que autorizò Jayme Roig en 8. de Setiembre 1677. y està en los autos, instituyò por su heredera à Doña Maria Rosell y Roda, su hija, y en caso de morir esta sin descendencia legitima, substituyò à Don Juan Andres Rosell su hijo, y actual contendor; y si este falleciesse tambien sin sucession legitima, llama à Don Marcos su hijo, y en falta de este à Don Joseph, padre de mi parte.

88 De cuya disposicion se reconoce, que los bienes adjudicados en dicha hijuela à los herederos de Doña Maria de Roda, por la disposicion de esta, no recayeron, ni pudieron recaer en la herencia, y patrimonio de Don Joseph, hasta estar evacuados los llamamientos de Doña Maria, Don Juan, y Don Marcos. *Leg.* 1. *C. quorum bonorum, l. filius, ff. de bonis libertorum,* ibi: *Et sine dubio qui sequentis gradus sunt non admittuntur interim, l. lucius,* §. 3. *hæredes, ff. ad revel.* Molin. *de Hispan. prim. l.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. Menoch. *cons.* 97. *num.* 103. Larrea *decis.* 33. *num.* 33. Y assi la percepcion de ellos en mi parte, ya por error, equivocacion, y en lo que no ay duda, de expresso, y formal consentimiento del mismo Don Juan, no pudo inducir imiscuicion en la herencia de su padre, por no recaer en ella tales bienes.

89 Y aunque el contendor, convencido de esta verdad, la confiessa, y pide se le deven admitir dichas cantidades cobradas, en parte de pago de las 6000. lib. precindiendo de que mi parte tiene justo, y titulado derecho para retenerlas es-

esta excepcion, no es de este juicio; y en el que le correspondiere, intentandolo la adversa, se le darà plena satisfacion.

90 Y quando lo hasta aqui deducido cesàra, y se huviera probado la imiscuicion en ambas herencias, que no es assi, como queda evidenciado, tampoco procedia la reconvencion intentada contra Doña Maria, respeto que à esta le competia sin duda el beneficio de la restitucion in integrum, no solo ex *cap. Si qua mihi justa causa*, sino ex *cap. Enormissimè lesionis*, que se le siguiria de dichas imiscuiciones, que tiene implorado.

91 Y que esto fuesse assi, se convence, porque dicho beneficio, no solo compete al menor, sino aun al mayor. Capicio Latro *consul.* 57. *per totam.* El Cardenal de Luca *de fideicom. in adnotationibus ad discurs.* 134. *post dictum discurs.* ibi: *Et in omnem casum videretur concedenda restitutio in integrum adversus in consulto additam hæreditatem, quæ ex capite enormissimè lesionis competit etiam majori*, y cita diferentes decisiones de Rota. Y mas en terminos *discurs.* 12. *num.* 14. *de hæreditate*, ibi: *In omnem eventum, cum ageretur de hæreditate nimis damnosa, atque additio non esset omnino expressa, atque deliberato animo facta, sed solum deducta, ex dictis enuntiativis, quæ per causidicum imprudenter fieri potuerunt, neque constaret de usurpatione bonorum, vel aliis mali animi, & fraudis judicis (quo casu rigurosius procedendum est) dicebam, denegari non posse remedium restitutionis in integrum, quod etiam in majoribus ex clausula generali, si qua mihi, &c. quoties (ut dictum est) cessat suspitio fraudis pro judicis officio, denegandum non est ut plenè, & puntualiter cæteris relatis, firmatur per Rot. decis.* 89. *part.* 9. *recens.* y prosigue, ibi: *impropositо autem hujusmodi restitutionis in integrum, quæ etiam majoribus ex justa causa concedi debet, adversus additionem hæreditatis.*

92 Y mas en Doña Maria, que totalmente estava ignorante del Patrimonio de su padre, pues quando este muriò, residia aquella en paises sumamente distantes, como lo convencen las declaraciones de los testigos, producidos por esta

sobre la 3. 4. y 5. preguntas de su interrogatorio, y no podia disfrutar mucho patrimonio, quien nada posseia libre; y de lo vinculado se avia ocupado el Real Fisco, hechos que convencen lo exausto de la herencia, y con superior razon atendidas las crecidas deudas à que estava, y esta sugeta, no siendo la menor las 6000. libras que le constituyò en dote Doña Teresa Carrasco, cuyos matrimoniales estàn en los autos foj. 248. y como à heredera Doña Maria de aquella, se han perecido, y desea repetir de quien le convenga; y assi aunque huviesse executado algun acto (que no hizo) inductivo de la imiscuicion, *tamquam in consulto factus*, era invalido, y para su remedio le competia dicho beneficio, el mismo de Luca *de hæred. discurs.* 120 *num.* 15. ibi: *Quando enim aliqua subest justa causa, qua excuset, tunc succurritur cum beneficio restitutionis in integrum, de quo late Rot. decis.* 182. *por.* 9. *recens.* Urceolo *de transf. quæst.* 12. *num.* 36. *&* 37. ibi: *Et tandem in omnem casum, quo graviter damnosa, & devitis onusta detegeretur hæreditas, concedenda esset illi restitutio in integrum ex Clau. Generali*, si qua mi justa causa, *quæ conceditur nedum minori, sed etiam majori adversus hæreditatem in consultò additam, ut magistraliter dotet Rot. &c.* Y podremos con el Cardenal de Luca *de hæred. discurs.* 12. *num.* 8. decir: *Non de facili præsumenda sit hujusmodi fatuitas adeundi suspectam hæreditatem.*

93 Convencese mas lo que vamos ponderando atendido el sexo de Doña Maria, cuya invecibilidad, y la justa ignorancia de los haveres, y patrimonio de su padre la escusava, y le competia mas de lleno dicha restitucion, *leg.* 38. *§.* 4. *ff. ad leg. Jul. de adult. leg.* 25. *§.* 1. *ff. de probat*; *& præsump. l. fin. C. de jur. & fact. ignorant.* ibi: *Si per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus, vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus præteritarum legum authoritas eis suffragatur, subveniri. L.* 9. *ff. eod.* ibi: *Quod minoribus vigintiquinque annis, jus ignoranriæ permissum est, quod & in fœminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur.* Capicio Latro *consult.* 57. *per tot. & præcipuè num.* 12. *cum seq.* Cardenal de Luca *de hæred. discurs.* 14. *num.* 9. *&* 10. *& discurs.* 15. *per tot. &*

disc.

disc. 17. *n.* 1. *& disc.* 33. *n.* 1.

94 Sin que desvanezca esta verdad el ser Doña Maria mayor al tiempo que hizo formal abstension de la herencia de su padre, y aun aver passado el quadrienio que establece la ley à los menores hechos mayores, para los reparos de los daños que padecieron en la menor edad.

95 Porque ni uno, ni otro lo embaraza; no la mayor edad, respeto que dicho beneficio, no solo comprende à los menores, si tambien à los mayores, *ex cap. Lesionis, & adversus hæreditatem in consulta addita*, como tengo fundado en los numeros antecedentes. No el lapso del quadrienio, respecto de ser el principio de este util, y empezar à correr à die scientiæ, de forma, que al ignorante, aunque passen 100. años, no se le abdica el derecho de implorarle, *quia ignoranti non currit tempus. L.* 2. *C. de temp. in inst. restit. cap.* 2. *junct. cap. quia diversitatem de conces. præb.* Valenzuela *cons.* 26. *num.* 59. *&* 60. ibi: *Hujusmodi enim tempus quadrienii est utile, quantum ad unum instans, scilicet principium, & ideo non currit ignoranti.* Roland. Val. *cons.* 49. *num.* 6. ibi: *Licet tempus petendæ restitutionis in integrum sit tantum quadrienium, & continuum, tamen habet principium utile, & numquam incipit currere, nisi à die scientiæ, & si quis staret per centum annos, petere potest restitutionem in integrum*, y cita muchos Escritores.

96 Defiende lo mismo Gracian *discept. forens. cap.* 408. *num.* 11. ibi: *Neque obstat prætensus lapsus quadrienii per quod denegatur restitutio, gloss. in l. agnitis de exceptio. Vant. de nullit. defect. proces. num.* 34. Bald. *in l. querela C. ad l. Cornel. de falsis Castr. & alii in l. divus de re judic. quia illud non incipit currere à die læsionis, & sententiæ latæ, sed à tempore scientiæ ipsius læsionis, cum enim tale tempus sit à principio utile, debet tantum currere scienti, & non ignoranti.* Sperelli *decis.* 135. *num.* 144. ibi: *Illud tamen quadrienium in suo initio est utile, & consequenter, non incipit, durante ignorantia, vel impedimento, etiam si per centum annos duraret.* Y supone esta opinion comun cierta, è irrefragable, admitida en theorica, y practica, y seguida in toto mundo, sin poderse, ni deverse extraviar de ella, *neque in consulendo,*

ne-

neque in judicando. El Cardenal de Luca *de fideicom. post discurs.* 134. ibi: *Quia tempus à jure diffinitum non incipit currere nisi à die scientiæ.*

97 Y assi à qualquier luz que lo quiera mirar el contendor, hallarà desvanecida su idea, y à Doña Maria libre de la obligacion de la agregacion que pretende; pues ni ha verificado la imiscuicion de aquella en la herencia de su padre Don Joseph, ni la de este en la del suyo, y aunque uno, y otro huviera probado igualmente, claudicava su pretension; y à Doña Maria le quedavan preservados sus derechos por dicho beneficio de restitucion in integrum.

EXCEPCION III.

98 Convencido el contendor de no tener Doña Maria causa universal de su padre, ni este del suyo, recurre al medio de decir, que Doña Maria no podria en parte assentir à la disposicion de los Fundadores, y en parte disentir à la misma, y que aunque fuera cierto deversele las 6000. lib. pero que, por la misma ley de la fundacion, se reconoceria dever ser su pago de los primeros frutos, que se vencerian de dicho Vinculo; y que assi desde el dia 27. de Octubre 1713. en que se publicò el testamento de Don Joseph, deverian aplicarse dichos frutos en pago, y satisfacion de la manda, y que aviendoles percibido el Real Fisco, ò mercenarios agraciados, como resultaria de los autos, serian estos, y no Don Juan los obligados à su pago.

99 Sin que esto lo desvaneciesse la menor edad de Doña Maria, pues aviendo cumplido la mayor en Febrero 1717. desde este dia, hasta el primero de Noviembre 1725. en que por el cap. 9. de la Paz de Viena, se avian restituido los confiscados, avrian passado 8. años, y 9. meses, y que los frutos de este medio tiempo, excedian de mucho al importe de la manda; y assi que hecha mayor, devia aver intentado su accion contra el Real Fisco; y que si la distancia de paises, se lo embarazava, huviera podido remover el impedi-

di-

dimento, conſtituyendo Procurador que en ſu nombre lo hiciera: y que de no averlo aſsi executado, manteniendoſe en païſes eſtraños, como reſultaria de la probanza que à eſte fin diò, ſeria por ſi baſtante para juſtificar la pertinencia de los frutos deſtinados al pago de dichas 6000. lib. à favor del Real Fiſco, para lo qual probò ſu voluntaria auſençia à païſes eſtraños, y la preciſſa en Doña Maria mi parte.

Satisfacion.

100 Eſta excepcion, que con razon huviera podido excuſar, como las pruevas ſubminiſtradas para deducirla, ha ſido el ultimo esfuerzo de ſu defenſa; pero no ha tenido mas logro que calificar (contra lo natural) ſu auſencia á païſes eſtraños, ſin eximirſe por ello (que aun à tanta coſta devia premeditarſe) del pago de las 6000. lib. que deve executar, pues por lo que mira à que dichas 6000. lib. devian ſer de los primeros frutos, y que percibidos por el Fiſco, ò ſus agraciados, tocaria à eſtos, y no al contendor, ſu pago, ſatisface la miſma clauſula; pues en ella, atendiendo los Fundadores à la excluſion de las hijas, en caſo que el ultimo ſuceſſor murieſſe ſolo con ellas, y huvieſſe de tranſlinear el Mayorazgo (que es el caſo à la letra en que nos hallamos) dexò, y legò à la mayor 6000. lib. y à las otras 1000. lib. ibi: *Queremos, y es nueſtra voluntad, que ſi eſte tendrà hijas, ſe le aya de dar à la mayor 6000. lib. y à las otras 1000. lib. à cada una*; conſta en el hecho à n. 3.

101 Y reſpeto que de ſatisfacerſe eſtas ſumas en fincas del Vinculo, podria llegar el caſo de ſu total extenſion, contra la miſma naturaleza del Mayorazgo, y voluntad expreſſa de los que le inſtituìan; nò quiſieron ſe pagaſſen de las propiedades, y fincas de aquel, ſino de ſus frutos, y rentas, aſſignando, y demoſtrando eſtas para el pago, ibi: *Y que eſtas cantidades para dichas hijas no ſe ayan de ſacar, ni pretender de las propiedades de dicho Vinculo, ſino de los frutos, y rentas de aquel.*

102 De cuya diſpoſicion ſe reconoce, que la manda, y le-

legado que hicieron, no fue de los primeros frutos de las fincas de dicho Vinculo, ni fueron estos los que legaron, sino la cantidad cierta de 6000. lib. à la hija mayor, y 1000. lib. à las demas, en cuyos terminos, aunque por el fisco, ò mercenarios agraciados, ò por otra qualquier persona se evenciessen los primeros frutos, y los correspondientes, como quiere la adversa à las 6000. lib. no eximia al sucessor inmediato del pago de aquellas, no estando satisfechas, respeto de no entenderse señalados los primeros frutos *taxactivè*, sino *demonstrativè*, en cuyo caso, aunque se evenzan, y les perciva otro, queda siempre viva la accion à la hija para pedirlas al sucessor, y á este la obligacion indispensable de satisfacerlas. Es puntual el texto de la *l. quidam 96. ff. de legat.* 1. ibi: *Quidam testamento, vel Codicilis, ita legavit AUREOS QUADRINGENTOS PAMPHILÆ DARI VOLO ita, ut infra scriptum est, à Julio AUCTORE AUREOS TOT, ET IN CASTRIS QUOS HABEO TOT; ET IN NUMERATO QUOS HABEO TOT. Post multos annos, eadem voluntate manente decessit, cum omnes summæ in alios usus translatæ essent: Quæro, an debeatur fideicommissum? respondi verò similius est patrem familas demonstrare potius hæredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incomodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset, & ideo quadringenti Pamphilæ debebuntur.*

103 En terminos mas especificos, y propios al nuestro lo difine el Jurisconsulto Paulo en la *ley Paula* 27. §. *ultimo, ff. de legat.* 3. ibi: *Julianus severus decedens institutis quibusdam hæredibus, alumno suo quinquaginta legaverat. Eaque Julio Mauro Colono suo, ex pensionibus fundi debitis ab eo præstari voluerat: eidemque Mauro quædam legaverat, cum de hæreditate fiscus quæstionem movisset, jussu Procuratoris Maurus peccuniam fisco solverat, postea hæres scriptus obtinverat fiscum: alumno autem mortuo hæredes ejus fideicommissum ab hærede Mauri petebant. Placuit Imperatori, non videri ejus fideicommissum, sed demonstratum unde accipere possit, & ideo hæres severi hæc præstare debet.* Franchis *decis.* 721. *per tot.* & ibi Adden. Gracian *discept. forens. cap.* 256. *num.*

num. 1. *& seq. & cap.* 667. *num.* 31. *&* 32. Surdo *de aliment. tit.*4.*q.*26.*n.*2.*cum seq.& passim omnes.*

104 Y que dicha assignacion de frutos fuesse *demostrativè* executada, y no *taxativè*, lo convence la misma disposicion, pues en ella simpliciter dexan à las hijas dichos legados de cantidad cierta, y despues en oracion distinta, y separada, y para mayor facilidad del pago, y para que el sucessor à menos costa lo satisfaciesse, assignan los primeros frutos que se vencerian, en cuyo caso, aunque el Real Fisco, y mercenarios huviessen lucrado los primeros frutos, estava sinembargo tenido el sucessor à la prestacion de la cantidad assignada. *L.* 13. *ff. de trit. vin. ole. legat. l.*26. *quan. dies legat. C.* ibi: *Fructibus fini relictæ pecuniæ non perceptis, ubertatem esse necessariam anni secundi.* Con muchos Rosa *consul.* 61. *num.* 1. *omnino videndus.* Ciriaco *controv.* 336. *per tot. & præcipuè num.* 2. ibi: *Si vero testator legat quantitatem simpliciter in genere, nec intendit magis legare unam quam aliam speciem, sed pro minori incómodo hæredis, dessignat unde, vel à quo accipi debeat pecunia legata, tunc licet non adsit pecunia ibi, vel non debeatur ab eo, à quo dessignavit accipiendam esse, nihilominus adhuc hæres tenetur præstare legatum de alis bonis.* Franchis *decis.* 721. *per tot.* & ibi Carolo Antonio de Luca. Gracian *discep. forens. cap.*256.*n.*1. ibi: *Legato facto per testatorem, si de inde illius solutio dessignetur ex aliquo loco certo in diversa oratione, verius est, ut debeatur legatum ab hærede, quamvis ex loco designato non possit solvi, quia locus ille videtur adjectus causa demonstrationis, non autem taxationis*; & ibi Carolo Antonio de Luca su adicionador, en cuyos terminos es inegable, que aun percibidos los primeros frutos, esta obligado Don Juan à la puntual satisfacion de las 6000. lib.

105 Sin que lo embarace la ausencia de mi parte à paìses estraños, y su persistencia; porque como tengo plenamente probado en los autos, sobre la 2. 3. 4. y 5. preguntas, fue aquella indispensable, y la restitucion à legitimos dominios de su Mag. imposible, sin abandono de su propia estimacion; pues estando al abrigo de su tio el Marques del

Ra-

Rafal, que se la avia desde infantil edad criado, ni este huviera consentido se restituyesse sola, de tan remotos païses, ni Doña Maria lo pudiera executar sin notorio riesgo de su estimacion, en cuyos terminos no le comprendia el delito, ni la pena, y malicia que le supone, pues al tiempo de las turbaciones tenia de 13. à 14. años, cuya edad por sì sola, ayudada del sexo, la escusava. *L. 12. ff. ad leg. Cornel de sicar. l. Puberem ff. de furtis, leg. 5. ver. sed etsi ff. ad leg. Aquil. l. 1. ver. impuberes, C. de falsa monet.* ibi: *Impuberes vero etiam si conscii fuerint, nullum substineant detrimentum, quia ætas eorum quid videat, ignorat.* Gomez *variar. tom. 3. cap. 1. num. 55. cum seq.*

106 Y no aviendo en Doña Maria malicia al tiempo de las turbaciones, no cabia delito en ella, y faltando este, no ay sobre que recayga la pena de la confiscacion. *L. sancimus 22. C. de pœnis*, ibi: *Sancimus ibi esse pænam, ubi & noxa est. L. si putator 3. ff. ad leg. Aquil.* Valenzuela, *tom. 1. cons. 32. num. 133.* ibi: *Ubi non subest delictum, aut culpa, non debet pœna subesse.* Y el hecho de su tio, de quien totalmente dependia, aun caso que (despues de establecida la Paz, y contra lo mismo que en el cap. 9. de ella resolvieron ambas Magestades) se comprendiesse delito, no devia este perjudicar à Doña Maria inocente, *leg. 2. §. 2. & ff. de decurionibus*, ibi: *Nullum patris delictum innocenti filio, pœnæ est. Leg. 8. §. 2. ff. de in jus vocando, leg. non debet 74. ff. de reg. jur.* ibi: *Non debet alteri per alterum, iniqua conditio inferri.* Y assi siempre preservò el derecho para el recobro de dichas 6000. lib.

107 Se acredita mas lo referido hecha reflexion à que la restitucion, que en virtud del general indulto, se le hizo à Don Juan de todos los bienes del Vinculo, fue con las mismas cargas, y obligaciones à que estavan afixos; y assi no satisfecho por el Real Fisco, està tenido à su pago. *L. si debitor, C. de sent. paz.* ibi: *Si vero partem bonorum accipit pro rata portione ejus tenetur. Leg. si deportationis 22. C. eodem*, ibi: *Si deportationis sententiæ veniam indulgentia nostra consequuta; suam recipit substantiam; se protegere sceleris pæna contra creditores, quominus*

ju-

jure debitum solvat, improbe conatur. L. 2. ff. de sent. pas. ibi: *Sed cum ei facultas oblata esset à Principe, bona quoque sua recuperandi, maluerint ea derelinquere actionib. exuere se, quibus ante sententiam subjectus fuerat non poterit.* Peregrino *de jure fis. lib. 5. tit. 1. num. 208. in fin.* ibi: *Item privatus, cui bona restituuntur, non succedit in jus fisci, sed in jus suum reponitur, & integratur, ac id circo, cum obligationibus, & conditionibus prioribus; quia id est secundum naturam restitutionis ad l. quod si minor §. restitutio, ff. de minor. & ita verius esse censeo, & tit. 2. num. 63.* ibi: *Restitutus ab bona illa recuperat cum honeribus, & honoribus, ideoque pro parte bonorum restitutorum tenetur creditoribus.*

108 Y procede con superior razon, atendiendo al mismo cap. 9. de la estipulada Paz, en que removiendo, y borrando la benignidad Real, todos los delitos, con amplio, y general indulto, ad instar de un postliminio, mandaron se restituyen los bienes à sus primitivos dueños, aboliendo los delitos como si no huvieran sucedido; cuya restitucion ob bonum pacis, tiene fuerza de restitucion in integrum. Menoch. *consl. 103. num. 1.* Antunez Portugal *de donat. Reg. lib. 2. cap. 29. per tot. & præcipuè num. 16.* Y en virtud de dicha restitucion se repusieron las cosas en su pristino estado, y primitivo ser, *l. quad si minor, §. restitutio, ff. de min.* Menoch. *dict. consil.* 103. *num. 2.* Valenzuela *conf. 102. num. 65.* Salgado *de protect. Reg. part. 4. cap. 9. num. 108.* con muchos Portugal *dict. pag. 29. num. 16. & 17.* Y no dudandose, que no sucedida la guerra, ni el confisco, no satisfecho el credito de las 6000. lib. à Doña Maria, le competia viva accion à su cobro; removido aquel medio tiempo de la guerra, y restituidas las cosas à su antiguo, y pristino ser, como si no huviessen sucedido, segun dicho cap. 9. persiste oy viva, y efectiva la misma accion; y el beneficio de la restitucion in integrum, que se le concediò à dicho Don Juan, no devia ceder en perjuicio, y fraude de sus acreedores. *Gloss. in L. 22. C. de sen. pac.* ibi: *Restitutus in integrum non potest uti beneficio restitutionis in fraudem creditorum.*

109 Sin que le sirva de embarazo à Doña Maria, el no

M aver-

averlo pedido antes por sì, ni por medio de su Procurador; pues el no averlo hecho, fue por mediar embarazo, assi de parte suya, como de parte del contendor. De parte de Doña Maria, por estàr (sin culpa suya) en Paises tan remotos; cuyo impedimento, no siendo voluntario, le preservò la accion; *quia impedito agere non currit præscriptio. l. 1. ff. de ann. præscrip. l. in rebus, ff. de jur. dot. authent. nisi triennali, C. de bon. mater. cap. 1. de præs.* Rolandi à Valle *cons.* 78. *num.* 16. *vol.* 1. con muchos Valenzuela *cons.* 33. *num.* 232. & 233.

110 De parte del contendor, pues aunque por la ley 45. de Toro, seguida la muerte de Don Joseph, se le devia transferir la possession civil, y natural de los bienes de dicho Vinculo, constituyendole legitimo, y verdadero successor; se lo embarazò su difidencia, que el mismo ha probado: y assi, aunque Doña Maria huviera querido intentar el recobro, no avia successor legitimo contra quien deducirle; y si se difiriesse à la pretension contraria, serìa premiar su delito, lo que repugna à la razon civil, y politica.

111 Y por ultimo, aunque Doña Maria sin el menor tropiezo huviera podido reintegrarse de su credito, y se huviessen para este fin hecho publicos bandos, no aviendolo practicado, le quedò viva la accion para hacerlo; pues aquella omission pudo beneficiar al Real Fisco, pero no extinguir la accion, y credito de Doña Maria. Pereg. *de jur. Fisci, lib.* 5. *cap.* 2. *n.* 63. ibi: *Adde, quod bonis restitutis, tenetur prioribus creditoribus, etiam quod proclamatibus factis per Fiscum creditores non contradixissent, nam præscriptio illa prodest Fisco, sed non perimit illorum creditorum actionem.* Y assi, à todas luzes queda evidente la justicia de Doña Maria al recobro de dichas 6000. lib. y desvanecidas las excepciones con que se le ha intentado obscurecer: y en este seguro, espera la confirmacion de la Sentencia que tiene à su favor. Assi lo siento, salva semper, &c. Valencia, y Marzo à 1. de 1732.

Don Antonio Caldès.


A109 / 126
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
600149682

